



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

DELIBERAÇÃO

SOBRE

O CUMPRIMENTO DAS NORMAS REFERENTES À PARTICIPAÇÃO DE CAPITAL ESTRANGEIRO NA TVI-TELEVISÃO INDEPENDENTE, S.A.

(Aprovada na reunião plenária de 29.JUN.94)

I — PEDIDO DE FISCALIZAÇÃO

A Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS) solicitou à TVI - Televisão Independente, S.A., nos termos da alínea h) do artigo 4º da Lei nº 15/90, de 30 de Junho, o envio dos dados relativos à composição do respectivo capital social, para efeitos de fiscalização do cumprimento das normas referentes à participação de capital estrangeiro nas empresas de comunicação social.

Posteriormente a esta solicitação, o Subsecretário de Estado Adjunto do Ministro Adjunto enviou à AACS uma informação recebida da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), onde este organismo considera «indiciada a violação do disposto no artigo 9º, da Lei nº 58/90, de 7 de Setembro de 1990» por parte da TVI, em virtude de os dados remetidos após a operação de aumento de capital realizada por esta empresa, entre 15 de Novembro de 1993 e 14 de Janeiro de 1994, revelarem que «a percentagem de capital que aparecia indicada como tendo sido adquirida por entidades não residentes era de 38,9%».

O nº 3 do artigo 9º da Lei nº 58/90, de 7 de Setembro (Lei da Televisão), estabelece o seguinte:

«Nenhuma pessoa estrangeira, singular ou colectiva, pode deter participação no capital social de mais de uma sociedade candidata ao licenciamento, nem o conjunto das participações de capital estrangeiro pode exceder 15% do capital social de cada operador de televisão».

Cumprе, pois, verificar, no exercício dos poderes de fiscalização legalmente atribuídos à AACS, se a TVI-Televisão Independente, S.A., se encontra em situação de infracção à lei em matéria de participação de capital estrangeiro.

./.

11134



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-2-

II — TITULARES DO CAPITAL SOCIAL DA EMPRESA TVI

Em resposta à solicitação da AACS, a TVI deu a conhecer os seguintes elementos:

- O capital social da TVI é de 10 milhões de contos e encontra-se distribuído por 16 452 accionistas;
- 55% do capital social encontra-se nas mãos de 16 376 accionistas nacionais;
- 43,08% do capital social é detido por 65 accionistas dos países membros da Comunidade Europeia;
- Os restantes 1,91% do capital social pertencem a 11 outros accionistas estrangeiros;
- O maior accionista é o "Fidelity Investment Advisers UK Ltd. - Fidelity European Trust", com 6,21% do capital social.

Os números indicados excedem os que constam da informação da CNVM, no que respeita à participação de capital estrangeiro na TVI. Os dados fornecidos à CNVM demonstravam uma participação de 38,9%, sem distinção entre investidores comunitários e extra-comunitários, e os dados da TVI elevam essa participação para 45%. Podem, assim, considerar-se plenamente confirmados os pressupostos em que assentou a informação da CNVM, nos precisos termos em que ela se encontra fundamentada — isto é, sem diferenciação entre accionistas de países membros da Comunidade Europeia e de outros países.

O limite de 15%, estabelecido pelo nº 3 do artigo 9º da Lei da Televisão para a participação de capital estrangeiro nas "sociedades candidatas ao licenciamento" da actividade de televisão, não se restringe obviamente ao momento da candidatura. É um limite que tem de ser respeitado pelas sociedades licenciadas ao longo de toda a sua existência, sob pena de revogação da licença nos termos da alínea a) do nº 1 do artigo 13º.

Por outro lado, não sofre dúvida que tal limite — admitindo que se encontre ainda hoje em vigor e que seja aplicável por igual a investidores comunitários e extra-comunitários — está largamente ultrapassado pela TVI. Antes, porém, de tirar conclusões para o caso concreto em análise, impõe-se confrontar o nº 3 do artigo 9º da Lei da Televisão com as normas de direito interno e de direito comunitário que possam, de algum modo, contender com a sua vigência, a sua interpretação ou a sua validade.

./.

11135



J. Silva

ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-3-

III — A LEI DA TELEVISÃO E O DIREITO INTERNO SOBRE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

III.1 — Do ponto de vista do direito interno, e uma vez que não há razões de constitucionalidade que se oponham à fixação de restrições ao investimento estrangeiro, toda a questão estará em saber se na legislação ordinária posterior à Lei da Televisão existe algum preceito que tenha feito cessar a vigência da restrição prevista neste diploma.

São especialmente de ponderar o Decreto-Lei nº 176/91, de 14 de Maio, e o Decreto-Lei nº 170/93, de 11 de Maio, que liberalizaram os movimentos de capitais com o exterior. Essa liberalização começou (em 1991) por admitir algumas excepções, relativas a um certo número de operações de capitais que o Banco de Portugal podia sujeitar a autorização prévia. Entre elas encontrava-se a aquisição, por não residentes, de títulos nacionais não negociados em bolsa de valores [alínea d) do artigo 10º do Decreto-Lei nº 176/91], embora o Banco de Portugal tenha exercido a sua prerrogativa apenas em relação à aquisição de obrigações [Aviso nº 6/91, de 21 de Maio, nº 1.4, alínea a)]. A liberalização completa verificou-se com o diploma de 1993, nos termos do qual o Banco de Portugal só poderá impor restrições à contratação e liquidação de operações de capitais com o exterior em circunstâncias excepcionais, de acordo com as normas internacionais vinculativas do Estado português e nunca em relação a países membros da Comunidade Europeia (artigo 3º do Decreto-Lei nº 170/93, por aditamento ao diploma anterior).

III.2 — A aquisição de acções da TVI por parte de investidores estrangeiros constitui, obviamente, uma operação de capital com o exterior. Isso não significa, porém, que o limite de 15% estabelecido na Lei da Televisão tenha sido abolido pelos diplomas liberalizadores acabados de citar. O objectivo destes era suprimir apenas um certo tipo de restrições à circulação internacional dos capitais, concretamente as restrições de carácter cambial, deixando intactos outros regimes limitativos. Isso mesmo se comprova pelo texto do Decreto-Lei nº 176/91, cujo artigo 3º mantém em vigor «as disposições de natureza não cambial aplicáveis às operações correntes e de capitais, designadamente a legislação aduaneira e a especial sobre investimento directo estrangeiro». E o mesmo resulta do facto de todos os poderes de decisão previstos neste diploma, bem como no Decreto-Lei

./.



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-4-

nº 170/93, serem atribuídos a uma entidade que exerce funções de autoridade cambial (o Banco de Portugal), sem intervenção dos órgãos reguladores do investimento estrangeiro (actualmente, o ICEP).

O limite previsto no artigo 9º, nº 3, da Lei da Televisão não é sequer, em bom rigor, uma restrição à circulação internacional dos capitais. A sua natureza e a sua finalidade são inteiramente estranhas à regulamentação do mercado português de capitais, não só do ponto de vista cambial e dos vários equilíbrios que podem ser afectados pela abertura desse mercado ao exterior, como ainda do ponto de vista dos interesses públicos que habitualmente condicionam o investimento estrangeiro sujeito a autorização ou apreciação prévia (viabilidade do projecto e seus efeitos sobre o emprego, a balança de pagamentos, os recursos nacionais, o ambiente, etc., etc. — cfr. o nº 2 do artigo 8º do Decreto-Lei nº 197-D/86, de 18 de Julho). Não é por nenhuma dessas razões que a lei restringe o acesso de capital estrangeiro à actividade de televisão, nem por quaisquer outras que, podendo ser genericamente aplicadas a qualquer projecto de investimento, assumam algum significado para o mercado de capitais.

O que a Lei da Televisão quis restringir não foi, portanto, uma operação de capital com o exterior, enquanto tal. Foi, sim, o direito ou a possibilidade de as empresas estrangeiras se estabelecerem em Portugal no ramo específico da actividade de televisão. O legislador presumiu, para este efeito, que as participações inferiores a 15% não comportam um risco relevante de domínio do capital estrangeiro sobre a gestão das empresas de televisão. Por isso não lhes levanta nenhum obstáculo neste plano — embora fiquem sujeitas aos condicionalismos eventualmente aplicáveis em matéria cambial e de investimento estrangeiro. Acima de 15%, a lei considera que as participações envolvem já a possibilidade de obtenção ou reforço dum efectivo poder de decisão sobre a empresa, ou seja, envolvem já o exercício dum verdadeiro direito de estabelecimento, que representa algo mais do que a simples realização dum operação de capital.

A autonomia do direito de estabelecimento pode, mesmo, ir ao ponto de não existir qualquer conexão entre o seu exercício e a realização dum operação de capitais com o exterior, dada a circunstância de os condicionamentos impostos ao direito de estabelecimento se encontrarem ligados à nacionalidade dos investidores, enquanto as restrições à circulação internacional dos capitais se baseiam na distinção

./.

11/140



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-5-

entre investidores residentes e não residentes. Esta diferença, por sua vez, reflecte a especificidade problemática de cada uma das duas figuras. O direito de estabelecimento visa a equiparação dos estrangeiros aos nacionais (regra do tratamento nacional), independentemente do grau de liberalização de cada sector económico, e não comporta soluções intermédias, embora admita excepções para certas actividades. A livre circulação dos capitais visa a integração dos mercados financeiros, independentemente da nacionalidade dos seus operadores, e pode realizar-se progressivamente, mas atendendo sempre às características abstractas das operações a realizar e não aos sectores de actividade em que incidem.

III.3 — Os dois regimes divergem, pois, claramente, quanto às suas finalidades, quanto ao tipo de restrições impostas e quanto ao critério em que estas restrições assentam. O regime da Lei da Televisão, proibindo as participações de capital estrangeiro superiores a 15%, constitui uma restrição ao direito de estabelecimento, não uma restrição à livre circulação de capitais.

No direito interno português, o direito de estabelecimento por parte de investidores estrangeiros encontra-se regulado pelo Decreto-Lei nº 214/86, de 2 de Agosto. Com o objectivo de generalizar aos investidores extra-comunitários a regra de não discriminação estabelecida no Tratado de Roma, e tendo em conta a relativa inoperância dos regimes de nacionalização de capitais como forma de limitar o peso de interesses externos sobre a economia do país, este diploma consagrou em termos muito amplos o direito de estabelecimento de empresas estrangeiras, em plano de igualdade com os investidores nacionais (artigo 1º), revogando todas as disposições legais que limitavam ou condicionavam o direito de estabelecimento com base na nacionalidade dos investidores ou dos gestores das empresas respectivas (artigo 4º).

A quase simultaneidade deste diploma com o Decreto-Lei nº 197-D/86, de 18 de Julho, é bem demonstrativa da autonomia recíproca dos dois regimes: o do investimento estrangeiro, que pode comportar uma apreciação prévia dos projectos, e o do direito de estabelecimento, que aboliu todas as discriminações em razão da nacionalidade no acesso aos vários sectores da economia. É este último regime que importa para o caso da presente deliberação.

./.

11141



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-6-

A sua aplicação, no entanto, fica prejudicada pelo facto de ser anterior à Lei da Televisão, que estabeleceu uma discriminação em razão da nacionalidade para este sector específico e assim derogou o regime geral do Decreto-Lei nº 214/86 (*posteriora derogant prioribus*). Ao contrário das empresas jornalísticas, onde o limite de 10% fixado pelo Decreto-Lei nº 85-C/75, de 26 de Fevereiro, foi revogado pelo diploma de 1986 (cfr. a deliberação da AACS de 5 de Janeiro de 1994, sobre a sociedade Público-Comunicação Social, S.A.), as empresas de televisão não estão abrangidas pelo regime geral do direito de estabelecimento, mas sim por um regime especial posterior que veda as participações de capital estrangeiro acima de 15%.

III.4 — Igualmente inaplicável, embora no sentido inverso — isto é, no sentido de explicar e justificar as restrições ao direito de estabelecimento estrangeiro no sector da televisão — se afigura a ressalva prevista no artigo 3º do Decreto-Lei nº 214/86, de 2 de Agosto, de acordo com o qual os projectos de investimento que impliquem a utilização ou exploração de bens do domínio público (como é o caso do espectro radioelétrico) se encontram sujeitos, «independentemente da sua natureza e características», aos condicionamentos definidos no artigo 2º para as actividades susceptíveis de «afectar a ordem, a segurança ou a saúde públicas».

Na verdade, os condicionamentos previstos no artigo 2º deste diploma visam restringir a norma do artigo 1º, que proclamou genericamente a liberdade de estabelecimento de nacionais e estrangeiros «em todos os sectores económicos abertos à iniciativa privada» (liberdade de empresa). Se o acesso a determinado sector estiver condicionado por algum dos motivos acolhidos na lei — e desde logo os que envolvem a utilização ou exploração de bens do domínio público — a restrição valerá indistintamente para nacionais e estrangeiros. O conceito de ordem pública do Decreto-Lei nº 214/86 não permite, pois, justificar a restrição consagrada no artigo 9º da Lei da Televisão, cujo conteúdo, de resto, é muito diferente do regime de «concessão temporária» que o diploma de 1986 estabeleceu para estes casos. O sistema de licenciamento instituído pela Lei da Televisão satisfaz inteiramente as exigências de tal regime, sem que daí resulte qualquer discriminação em razão da nacionalidade.

./.

11/14



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-7-

IV — A LEI DA TELEVISÃO E O DIREITO COMUNITÁRIO SOBRE DIREITO DE ESTABELECIMENTO

IV.1 — Se é certo que não há razões de direito interno que levem a afastar a vigência do nº 3 do artigo 9º da Lei da Televisão, impõe-se confrontá-lo ainda com as disposições do Tratado de Roma e as demais normas de direito comunitário originário ou derivado, susceptíveis de afectar a sua vigência, interpretação ou validade.

Com a entrada em vigor do Tratado de Adesão à Comunidade Económica Europeia de 12.6.85, Portugal ficou sujeito, com efeitos a partir de 1.1.1986, às disposições do Tratado de Roma de 25.3.57, que institui a mesma Comunidade. De entre os princípios do Tratado de Roma, destaca-se o da não discriminação dos cidadãos e empresas comunitárias (artigo 7º: “No âmbito de aplicação do presente Tratado, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade”).

Em desenvolvimento deste princípio, que obriga cada um dos Estados a conceder aos cidadãos e empresas dos restantes países membros tratamento idêntico ao dos seus próprios cidadãos e empresas (regra do tratamento nacional), o artigo 221º dispôs, directamente sobre a matéria da participação financeira no capital das sociedades, o seguinte:

«No prazo de três anos a contar da data da entrada em vigor do presente Tratado, os Estados membros concederão aos nacionais dos outros Estados membros o mesmo tratamento que aos seus próprios nacionais, no que diz respeito à participação financeira daqueles no capital das sociedades, na acepção do artigo 58º, sem prejuízo da aplicação das outras disposições do presente Tratado».

Se a questão houvesse de ser resolvida por simples aplicação deste artigo do Tratado de Roma, todas as discriminações relativas à participação de capital estrangeiro nas sociedades, dentro da Comunidade, teriam ficado suprimidas em 31 de Dezembro de 1960. Em Portugal, a partir do momento da adesão, além de se terem de considerar revogadas todas as normas restritivas anteriores, ficariam proibidas para o futuro novas discriminações, sob pena de invalidade por infracção de tratados internacionais vinculativos do Estado português.

./.

1114



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-8-

A verdade, porém, é que a ressalva da parte final do artigo 221º («sem prejuízo da aplicação das outras disposições do presente Tratado») inutilizou-o quase totalmente em termos práticos e fez dele um dos preceitos menos aplicados do Tratado de Roma. Nenhuma directiva lhe veio dar execução, nenhuma decisão, nenhum caso de jurisprudência. E isso porque a participação financeira no capital das sociedades cai sob a alçada de diversas disposições do Tratado que instituíram ritmos de liberalização mais lentos e condicionados — nomeadamente as que se referem ao direito de estabelecimento e à livre circulação dos capitais —, cuja aplicação prevalece sobre o artigo 221º.

IV.2 — O regime do direito de estabelecimento é, precisamente, como ficou visto, aquele que se encontra essencialmente em causa quando se discute um limite à participação de capital estrangeiro como o que foi instituído pela Lei da Televisão. A este respeito, o artigo 52º do Tratado de Roma estabelece o seguinte:

«No âmbito das disposições seguintes, suprimir-se-ão gradualmente, durante o período de transição, as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado membro no território de outro Estado membro (...). A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades (...), nas condições na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais (...).»

Dispondo particularmente para as sociedades, o artigo 58º do Tratado define os termos em que elas poderão ser consideradas como empresas comunitárias:

«As sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado membro e que tenham a sua sede social, administração central ou estabelecimento principal na Comunidade são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares, nacionais dos Estados membros».

./.

11144



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-9-

Refira-se ainda que, segundo os artigos 55º e 56º do Tratado, a liberdade de estabelecimento não abrange as actividades que, num Estado membro, estejam ligadas, mesmo só ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública, assim como também não prejudica as disposições de direito interno que prevejam um regime especial para estrangeiros por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.

Tal como sucede no direito interno, a participação por investidores comunitários em sociedades nacionais já constituídas envolve o exercício do direito de estabelecimento sempre que, pela sua incidência na estrutura do capital social e pelas relações estabelecidas com os seus demais titulares, tal participação permitir criar um vínculo estável e duradouro com a empresa participada e influenciar a sua actividade. Haverá estabelecimento, por outras palavras, quando a participação no capital tornar possível a participação na gestão ou controle da empresa. Este critério vale, em abstracto, tanto para o estabelecimento a título secundário como para o estabelecimento a título principal, embora esta última hipótese, no estado actual das coisas, se encontre inviabilizada para os investimentos realizados por sociedades, dada a não celebração da convenção prevista no artigo 220º do Tratado de Roma sobre a manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência da sede efectiva (neste sentido, a decisão do Tribunal das Comunidades de 27.9.88, no caso *Daily Mail*).

Foi esta possibilidade de influenciar a gestão da empresa participada que a Lei da Televisão quis, precisamente, evitar. O limite de 15% representa a fronteira entre as participações que o legislador presume constituírem simples aplicação de fundos e as participações que o mesmo legislador presume conferirem a possibilidade de intervir na gestão da empresa. Tais presunções são tudo o que há de mais falível (a sua correspondência com a realidade depende do grau de disseminação do capital da empresa e da própria concentração das participações estrangeiras), embora tenham a vantagem inegável da certeza jurídica. Não cabe, todavia, discutir o mérito da solução legal. O que importa é saber se ela está de acordo com o ordenamento a que Portugal aderiu com a entrada nas Comunidades Europeias.

IV.3 — Em que estado se encontrava o direito comunitário, em matéria de direito de estabelecimento, quando foi publicada a Lei da Televisão?

./.

1114



T. V. J.

ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-10-

De início, ao longo do período de transição referido no artigo 52º, a realização prática do direito de estabelecimento fez-se progressivamente, mediante a adopção pelo Conselho de sucessivas directivas para os diversos sectores de actividade económica e profissional, de acordo com o programa geral aprovado em 1961 e as medidas de coordenação previstas nos artigos 54º, 56º e 57º. O período transitório esgotou-se, no entanto (em 1 de Janeiro de 1970), sem que estivessem aprovadas todas as directivas necessárias.

Depois de um período de dúvida sobre as consequências da falta das medidas de execução do Tratado, o Tribunal das Comunidades Europeias pronunciou-se, em duas decisões que fixaram jurisprudência (acórdãos *Reyners*, de 21.6.74, e *Van Binsbergen*, de 3.12.74), no sentido de que a proibição da discriminação em matéria de direito de estabelecimento, constante do artigo 52º do Tratado, é directamente aplicável, mesmo naqueles casos em que as directivas não tivessem ainda sido aprovadas. O efeito directo do artigo 52º ficara como que em suspenso durante o período transitório, para permitir a adaptação progressiva dos ordenamentos nacionais aos objectivos da liberdade de estabelecimento, tal como eles fossem sendo definidos pelas directivas do Conselho. Mas essa tarefa deveria estar imperativamente concluída dentro de certo prazo, findo o qual o artigo 52º do Tratado se tornou *self executing* na ordem interna dos Estados. Tendo em conta esta interpretação, a Comissão acabou por retirar diversas propostas de directivas, entre elas uma que se referia às actividades de imprensa.

O direito de estabelecimento comporta no entanto excepções, previstas nos artigos 55º e 56º acima citados, de que se destacam, com interesse para o caso em análise, as fundadas em razões de ordem pública.

O elevado grau de indeterminação deste conceito e as implicações que lhe estão associadas tornam-no particularmente avesso à objectividade e racionalidade que se esperam do discurso jurídico e tendem a deslocá-lo para o campo da decisão política. Mas a cláusula de salvaguarda da ordem pública não pode ser entendida como uma reserva de soberania, como uma prerrogativa absolutamente discricionária dos Estados membros, sob pena de se abrir caminho à auto-legitimação de todas as restrições de direito interno e de se pôr em risco os próprios objectivos do Tratado de Roma. Não teria, realmente, sentido que fossem os destinatários das

./.

11/14



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-11-

normas a decidir dos termos da sua aplicação. A ordem pública, enquanto limite do direito de estabelecimento, constitui, antes de mais, um conceito de direito comunitário, e se o seu conteúdo — aliás dificilmente aprisionável em fórmulas abstractas — faz por natureza apelo ao interesse nacional do Estado que a invoca, é no plano comunitário, por referência aos valores e princípios da integração europeia, que se não-de encontram as balizas da sua densificação normativa. Nem de outra maneira se compreenderia a possibilidade, inúmeras vezes comprovada, de intervenção das instituições comunitárias (sobretudo do Tribunal de Justiça julgando a título prejudicial) para apreciação deste tipo de restrições.

IV.4 — Da experiência comunitária sobre a aplicação da cláusula de ordem pública ao direito de estabelecimento, destaca-se a posição assumida pela Comissão acerca das disposições da lei francesa que reservavam aos nacionais a propriedade da imprensa (cfr. mais uma vez a deliberação da AACS de 5.1.94, caso Público-Comunicação Social, S.A.), fazendo valer a ideia de que a cláusula da ordem pública só pode ser invocada em situações excepcionais e limitadas, nunca na regulamentação geral dum determinado sector de actividade económica. Nesta perspectiva, a restrição do nº 3 do artigo 9º da Lei da Televisão pecaria, desde logo, por uma amplitude e rigidez excessivas, ao não atender à diversidade de situações que podem corresponder a uma participação de capital estrangeiro superior a 15% e que devem ser avaliadas separadamente.

Seria absurdo, por exemplo, confundir — do ponto de vista da ordem pública — uma participação única de capital estrangeiro superior a 15%, ou um grupo de participações ligadas por acordo para-sociais, com um conjunto disperso e mais ou menos numeroso de pequenas participações, de proveniência muito diversa e sem qualquer actuação concertada. Assim como também seria absurdo equiparar a posição dos investidores estrangeiros que se propõem influenciar, ou mesmo dominar, a gestão da empresa participada (a começar por operadores estrangeiros de televisão) à daqueles investidores que pretendem tão-só realizar uma aplicação financeira ou gerir uma carteira de títulos.

./.

1114



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-12-

O texto do artigo 56º do Tratado de Roma reflecte, de algum modo, esta necessidade de situar a aplicação da cláusula de ordem pública no terreno das situações concretas, ao prever que as restrições ao direito de estabelecimento possam ser definidas, não só por disposições legislativas e regulamentares, mas também por disposições administrativas dos Estados membros. A referência às medidas de carácter administrativo significa que as restrições ao direito de estabelecimento não se destinam a ser consideradas num plano puramente abstracto. O carácter excepcional destas restrições obriga, precisamente, a evitar generalizações e a atender, tanto quanto possível, aos aspectos particulares, circunstanciais, concretos e contingentes, de cada situação.

Por outro lado, se é verdade que as restrições ao direito de estabelecimento estrangeiro, numa sociedade aberta como a portuguesa (cfr. os nºs 1 e 2 do artigo 15º da Constituição), assumem sempre carácter excepcional e de ordem pública, o fundamento material dessas restrições, no caso dos investidores comunitários, não pode deixar de ser confrontado com os valores e princípios da ordem jurídica da Comunidade. As mesmas razões de ordem pública podem, em geral, ser suficientes para justificar num determinado sector a exclusão de capitais estrangeiros — mas não o ser se esses capitais provierem de países membros da Comunidade Europeia.

O limite posto pela Lei da Televisão ao direito de estabelecimento estrangeiro não poderá, assim, ser aplicado aos investimentos comunitários, a título de restrição de ordem pública, sem a ponderação dos elementos individualizadores de cada caso concreto. O equilíbrio a conseguir entre os interesses nacionais e os princípios do Tratado de Roma exige uma flexibilidade e abertura de conceitos que não cabem num simples limite aritmético, automaticamente vinculante. Será, portanto, em função desses interesses e desses princípios, confrontados com a situação particular da TVI, que se irá apreciar a razão de ser duma eventual restrição de ordem pública ao investimento de origem comunitária.

IV.5 — Os motivos a que se pode atribuir a proibição de participações de capital estrangeiro superiores a 15% em empresas de televisão são fundamentalmente dois: um de natureza cultural e outro de natureza política.

./.



Handwritten signature or initials

ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-13-

No plano cultural, está em causa a preservação da identidade nacional, não só do ponto de vista da conservação dum certo património historicamente formado, mas também do ponto de vista da autodeterminação do país no seu processo de evolução cultural, pois a afirmação da identidade colectiva constitui uma tarefa contínua, nunca encerrada. A importância da cultura, para este efeito, será aliás tanto maior quanto mais abertas forem as fronteiras da economia e da comunicação humana, como sucede no espaço europeu comunitário. Os poderosos factores de integração gerados no âmbito da Europa comunitária dificilmente encontrarão outro contrapeso que não seja o das culturas nacionais, convertidas por isso mesmo numa espécie de garantia da diversidade, e portanto da soberania (da soberania possível), dos Estados membros da Comunidade.

No plano político, está essencialmente em jogo a defesa da opinião pública perante influências e pressões externas. A opinião pública depende da informação e esta é sobretudo mediatizada pelos órgãos de comunicação audiovisual. A televisão, utilizando meios de transmissão escassos (salvo a distribuição por cabo, por enquanto de reduzida expressão), é especialmente sensível às concentrações de capital e às estratégias de domínio por parte de grandes investidores. E ainda que não se queira ver na informação uma forma de poder, ou mesmo de contrapoder, são inegáveis os condicionamentos que por via dela se podem estabelecer na opinião pública e, indirectamente, nos próprios órgãos de decisão política.

Este facto, que se tornou um lugar comum na percepção do fenómeno televisivo — e de que abundam os exemplos nas democracias mais avançadas — levou o legislador português a estabelecer limites apertados para as participações de capital nas empresas de televisão (limite máximo de 25%, participação numa só empresa), que se aplicam a qualquer investidor. Tratando-se de capital estrangeiro, às razões atrás citadas acrescentar-se-ia um risco de subordinação da informação a interesses externos, mais ou menos explícitos ou velados, e portanto um risco para a própria independência nacional. Daí que o mesmo legislador tenha querido impor limites mais apertados para estas participações (15%, isoladamente ou em conjunto).

./.

Handwritten signature or initials



J. M. J.

ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-14-

IV.6 — Aos motivos apontados é necessário contrapor os valores da construção europeia, a que Portugal aderiu e em que tem vindo a participar. Esses valores tem de ser ponderados na justa medida em que excedem o plano estritamente económico e se projectam na esfera dos assuntos culturais, em especial os relacionados com o audio-visual, e na integração política da Comunidade.

Assim, em primeiro lugar, importa ter em conta que, no momento da publicação da Lei da Televisão (Setembro de 1990), a Comunidade tinha já reunido um vasto conjunto de documentos e textos normativos, aprovados pela Comissão e pelo Conselho, nos quais assentava uma verdadeira política europeia do audiovisual. De entre eles, destaca-se o “Livro Verde sobre o Estabelecimento dum Mercado Comum de Radiodifusão”, publicado pela Comissão em 14 de Junho de 1984, no qual se proclama o direito à livre prestação de serviços no domínio da rádio e da televisão, nos termos do artigo 59º do Tratado de Roma. Um ano mais tarde, num outro documento da Comissão — o “Livro Branco sobre a Conclusão do Mercado Interno”, publicado em 28 de Junho de 1985 —, atribuiu-se carácter prioritário à construção de um espaço audiovisual na Europa comunitária (nº 61) como instrumento de realização dos objectivos comunitários.

Na sequência dos princípios definidos pela Comissão, decorreram, entre 1986 e 1989, os trabalhos de preparação duma directiva destinada a coordenar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros relativamente ao exercício das actividades de radiodifusão televisiva. Sobre a proposta pronunciaram-se sucessivamente o Conselho Económico e Social (1987) e o Parlamento Europeu (1988), vindo o Conselho a aprová-la em 3 de Outubro de 1989, apenas com os votos contrários da Bélgica e da Dinamarca. Assim nasceu a Directiva nº 89/552/CEE, (Jornal Oficial nº L 298, de 17.10.89), conhecida pela designação “Televisão sem Fronteiras”. Nela se estabeleceu que os Estados membros «assegurarão a liberdade de recepção e não colocarão entraves à retransmissão nos seus territórios de programas de radiodifusão televisiva provenientes de outros Estados membros» (artigo 2º, nº 2), sem que nas excepções a esta regra figurasse qualquer cláusula geral de salvaguarda da ordem pública. Noutra disposição, determinou-se que os Estados membros velarão, na medida do possível, por que os organismos de radiodifusão televisiva reservem uma percentagem maioritária do seu tempo de emissão a «obras europeias» (artigo 4º).

./.

JMS



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-15-

Para apoiar a realização dum mercado comum dos serviços de radiodifusão, a Comunidade procurou ao mesmo tempo harmonizar as especificações técnicas da difusão europeia por satélite (Directiva do Conselho nº 86/529, de 3 de Novembro, publicada no Jornal Oficial nº L 311, de 6.11.86, a que mais recentemente se juntou a Directiva do Conselho nº 92/38, de 11 de Maio, publicada no Jornal Oficial nº L 137, de 20.5.92, abrangendo também as normas de retransmissão por cabo). E lançou ainda um conjunto de acções de apoio à produção europeia de obras para televisão, através do programa "Media" (Medidas para Encorajar o Desenvolvimento da Indústria Audiovisual europeia), aprovado pelo Conselho Europeu em Estrasburgo a 9 de Dezembro de 1989, para ser executado em estreita colaboração com o projecto "Eure ka-audiovisual", que fora lançado por 26 países europeus no início de Outubro do mesmo ano em Paris.

IV.7 — Quanto ao aspecto político, importa sobretudo recordar que os países membros da Comunidade se propuseram como objectivo fundamental, pelo menos desde 1986 (já, portanto, com a participação de Portugal), a construção de uma União Europeia, cujo natureza e âmbito de actuação não fosse limitado aos problemas económicos. Depois de a ideia ter sido lançada em várias cimeiras (Outubro de 1972 em Paris, Dezembro de 1973 em Copenhague) e solenemente reafirmada pelo Conselho Europeu em Estugarda (Junho de 1983), os países comunitários proclamaram no preâmbulo do Acto Único Europeu (assinado em 17-28 de Fevereiro de 1986, no Luxemburgo e em Haia), a sua vontade de «transformar o conjunto das relações entre os seus Estados numa União Europeia», manifestando-se «convencidos de que a ideia europeia (...) bem como a necessidade de novos desenvolvimentos, correspondem aos anseios dos povos democráticos europeus, para quem o Parlamento Europeu, eleito por sufrágio universal, é um meio de expressão indispensável», e declarando-se ainda «conscientes da responsabilidade que cabe à Europa de procurar falar cada vez mais em unísono e agir com coesão e solidariedade, para defender com maior eficácia os seus interesses comuns e a sua independência (...).».

Em execução destes propósitos, o Acto Único definiu um sistema de colaboração entre os Estados membros para a formulação e aplicação duma política estrangeira comum (artigo 30º) e introduziu um certo número de alterações no

./.

1115



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-16-

Tratado de Roma. Entre estas últimas, avultam o alargamento das votações por maioria no Conselho, designadamente nas matérias relacionadas com a criação do mercado interno (artigos 16º a 19º, aditando ou alterando vários artigos do Tratado de Roma), e o reforço do papel do Parlamento Europeu, mediante a concessão duma *faculté d'empêcher* (mediante a exigência do seu parecer favorável) nas decisões sobre o alargamento da Comunidade ou na celebração de acordos com terceiras entidades (artigos 7º e 8º, alterando os artigos 237º e 238º do Tratado de Roma), e a definição de um novo procedimento de cooperação entre o Parlamento e o Conselho, nos termos do qual o primeiro pode propor alterações às decisões do último ou mesmo rejeitá-las, obrigando neste caso a uma segunda votação por unanimidade (artigo 7º, alterando o artigo 149º do Tratado de Roma).

Após as reformas institucionais do Acto Único, os países comunitários consideraram-se finalmente preparados para criar uma União Europeia através do Tratado de Maastricht (assinado em 1992). Além de fixar calendários para a realização da união económica e monetária e de afirmar o princípio da subordinação das políticas económicas dos Estados membros ao interesse comunitário (nova redacção do artigo 102º-A do Tratado de Roma: «*Os Estados membros conduzirão as suas políticas económicas no sentido de contribuir para a realização dos objectivos da Comunidade*»), o Tratado alargou as políticas comuns e as formas de cooperação a quase todas as matérias, incluindo as mais especificamente políticas (relações externas, já referidas no Acto Único, segurança, defesa, justiça, polícia, etc.). Paralelamente, ampliou a regra da maioria nas votações do Conselho, associou ainda mais estreitamente o Parlamento Europeu ao processo comunitário de decisão (novos artigos 189º-B e 189º-C aditados ao Tratado de Roma) e instituiu uma cidadania europeia com reflexos directos na eleição do mesmo Parlamento (novo artigo 8º-B aditado ao Tratado de Roma).

IV.8 — Os compromissos assumidos no quadro comunitário, tal como ficaram descritos, enfraquecem sensivelmente os argumentos que poderiam justificar, tanto no plano cultural como no plano político, uma restrição de ordem pública ao direito de estabelecimento de investidores europeus no sector da televisão.

./.

1118



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-17-

Até que ponto, na verdade, poderá o Estado português, sem quebra de coerência, defender a livre recepção e retransmissão das emissões de televisão, a instituição duma quota comum reservada às produções dos países membros nas estações nacionais, a harmonização de normas técnicas de difusão por satélite, o apoio à indústria audiovisual europeia — em suma, empenhar-se numa autêntica política comum para a televisão —, e ao mesmo tempo levantar barreiras ao investimento proveniente dos seus parceiros comunitários? A lei portuguesa pode exigir (e na realidade exige-o o artigo 9º, nº 1, da Lei da Televisão) que as empresas estabelecidas no país tenham nacionalidade portuguesa, ou seja, que possuam a sede principal e efectiva da sua administração no território nacional (artigo 3º, nº 1, do Código das Sociedades Comerciais). Mas isso não significa que lhe seja lícito impedir a participação, nessas empresas, de capital originário de países com os quais Portugal se encontra tão profundamente comprometido, aliás desde antes de 1990, na realização duma política comum e dum mercado integrado de radiodifusão. A colaboração intra-comunitária pressupõe, antes, a convergência de interesses nesta matéria e uma actuação concertada perante a ameaça cultural de produções exteriores à Europa. Tal atitude seria dificilmente compatível com um sentimento de desconfiança e hostilidade para com os membros da própria Comunidade.

Por outro lado, um argumento de ordem pública baseado em razões políticas perde muito da sua força quando confrontado com o estado actual da integração dos países comunitários. A União Europeia está longe de ser um objectivo consolidado e não constitui seguramente uma entidade soberana. Mas as decisões da Comunidade também já não são (e verdadeiramente nunca o pretenderam ser, desde a versão inicial do Tratado de Roma) a simples expressão do consentimento dos Estados membros. A relação entre os cidadãos e a Comunidade, por outras palavras, já não depende (ou depende cada vez menos) da interposição do governo soberano do Estado a que cada cidadão pertence. Mesmo que o órgão com principal responsabilidade de decisão — o Conselho — continue a representar os governos nacionais, o facto de deliberar por maioria cria um sistema em que os diversos países membros se tornam contitulares de uma competência comum, colegialmente exercida, a que todos ficam vinculados ainda que votando vencidos. O consentimento dos Estados manifesta-se num plano mais recuado e mais abstracto, através da aceitação das regras de decisão comunitária e, em último termo, através da permanência na União.

./.

1152



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-18-

Por todas estas razões se tem dito que, para ser fiel aos seus ideais, a União Europeia não pode satisfazer-se com a democracia interna dos Estados que a compõem. Ela própria tem de estruturar-se democraticamente e adoptar os processos de legitimação próprios das sociedades livres. Um deles é a opinião pública. Se é verdade que não há democracia sem opinião pública, então a integração europeia — seja qual for o modelo para ela pretendido — pressupõe necessariamente uma opinião pública capaz de transcender os isolamentos nacionais, uma opinião dotada de uma certa dimensão europeia. Será legítimo então perguntar, à luz desta exigência implícita no projecto comunitário, se os Estados membros poderão levantar obstáculos ao direito de estabelecimento na área da comunicação social, a pretexto de defender a autonomia da opinião pública nacional. Proteger a opinião pública de interferências externas justificar-se-á em muitas circunstâncias, mas será esse ainda o caso quando se está envolvido numa organização supranacional que dá ao Estado o poder de decidir, com o voto dos seus representantes, em assuntos que tocam directamente os interesses dos países cuja interferência se pretende evitar?

IV.9 — Neste panorama, algo incerto, de interesses e valores contraditórios e potencialmente conflitantes, torna-se imprescindível atender às características concretas da composição do capital social da TVI, tais como elas emergiram da recente subscrição de novas acções. Essas características, no que releva para a presente questão, são essencialmente duas.

Por um lado, verifica-se que o capital estrangeiro, quase inteiramente de origem comunitária, se encontra repartido por 65 investidores diferentes, dos quais o de maior dimensão não vai além de uma participação de 6,21%. Quer isto dizer que nenhum desses investidores, individualmente considerado, se aproxima sequer do limite máximo de 15%, fixado na lei para o conjunto do capital nacional.

Por outro lado, as entidades estrangeiras adquirentes de participações na TVI são na sua maioria fundos de investimento, cuja actividade se traduz na constituição e gestão de uma carteira diversificada de valores mobiliários ou imobiliários, utilizando para o efeito os capitais resultantes da captação da poupança do grande público e tendo em vista a divisão dos riscos e a rendibilidade financeira

./.

11154



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-19-

das aplicações feitas. Os fundos de investimento não estão, portanto, orientados para a aquisição de posições de domínio nas empresas por eles participadas, não procuram assegurar o controle da sua gestão nem têm por objectivo a realização de projectos empresariais específicos. Não é raro, mesmo, que a lei lhes proíba expressamente a realização de operações susceptíveis de conduzir a tal resultado (cfr., entre nós, o artigo 9º do Decreto-Lei nº 229-C/88, de 4 de Julho).

Nestas condições concretas, torna-se virtualmente impossível sustentar um argumento de ordem pública justificativo de restrições à liberdade de estabelecimento de empresas comunitárias no capital da TVI. Por muito que se encareçam as razões de ordem cultural e política que sustentem essas restrições, e por muito, também, que se desvalorizem as implicações do processo de integração europeia em sentido contrário, não se vê como possam as participações detidas por fundos de investimento numa estação de televisão constituir uma ameaça suficientemente grave para pôr em causa os interesses nacionais acima apontados. Não seria razoável afirmá-lo. A entrada de capitais comunitários na TVI não está associada a nenhum projecto específico de televisão, e muito menos a desígnios culturais ou políticos estranhos ao país. E prova mais eloquente deste facto acaba por ser a total ausência de representantes desses capitais nos órgãos sociais da TVI eleitos já depois da operação de aumento do capital, não só na sua direcção, como no próprio conselho geral da empresa. Trata-se, manifestamente, de investidores que aderem a um projecto já delineado, no qual confiam e em cuja gestão não pretendem interferir.

IV.10 — Acrescente-se, em reforço das considerações anteriores, que a liberdade de expressão, compreendendo a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou comunicar informações e ideias «sem consideração de fronteiras», constitui uma garantia estabelecida no artigo 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não podendo ser restringida senão pelas «medidas necessárias, numa sociedade democrática, à defesa nacional, à integridade territorial ou à segurança pública, à defesa da ordem e à prevenção do crime, à protecção da saúde ou da moral, à protecção da reputação ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial».

./.

11/55



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-20-

A Comunidade Europeia não é parte nesta Convenção, mas os países que a constituem comprometeram-se, no Tratado da União Europeia (artigo F, nº 2), a respeitar os direitos fundamentais «tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário». Ficou assim solenemente consagrado o entendimento, que o Tribunal de Justiça vinha adoptando já desde o início da década de 70, segundo o qual a ordem jurídica comunitária integra os princípios fundamentais decorrentes, não só da tradição constitucional comum aos Estados membros, mas também dos instrumentos internacionais por eles subscritos, em especial as convenções sobre direitos do homem. Tal entendimento, aliás, fora objecto em Abril de 1977 de uma “Declaração Comum sobre os Direitos Fundamentais” dos presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, que o Tribunal viria mais tarde expressamente a considerar como fonte de direito comunitário.

O artigo 10º da Convenção tem, justamente, vindo a ser adoptado, desde há muito, como ponto de referência na apreciação das questões relacionadas com o exercício das liberdades comunitárias em matéria de comunicação social. Em particular, a enunciação nele feita das razões que podem justificar medidas restritivas da liberdade de expressão — enunciação mais rigorosa e detalhada do que a resultante do Tratado de Roma — tem servido para esclarecer e conter dentro de apertados limites a interpretação das cláusulas de salvaguarda da ordem pública. E a verdade é que do elenco de restrições legítimas previsto no artigo 10º não consta nenhuma relacionada com o protecționismo cultural ou a defesa da opinião pública contra influências externas indesejadas.

IV.11 — Existe, naturalmente, uma fronteira que não pode ser ultrapassada, que é a de o capital das estações de televisão em Portugal pertencer a organizações políticas de outros países ou, pior ainda, a entidades públicas estrangeiras. Mas essa hipótese, que não se verifica no caso da TVI, está imperativamente afastada pelo nº 6 do artigo 3º da Lei da Televisão, que impede o exercício ou o financiamento da actividade de televisão por partidos ou associações políticas, assim como por organizações sindicais, patronais ou profissionais e por autarquias locais ou suas associações,

./.

11156



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-21-

directamente ou através de entidades em que detenham partes de capital. Esta norma não contradiz o direito de estabelecimento dos investidores comunitários, porque não contém nenhuma discriminação em razão da nacionalidade. A restrição por ela imposta aplica-se do mesmo modo a investidores nacionais e não nacionais. E o mesmo se diga do limite máximo de 25% imposto pela lei às participações individuais ou da proibição de participação no capital de mais do que uma empresa de televisão.

Será igualmente oportuno observar que a relativa abertura das empresas de televisão a capitais comunitários, ao menos nas condições em que se encontra a TVI, não prejudica em nada — pelo contrário, torna ainda mais necessárias — as regras de programação destinadas a proteger ou promover a cultura portuguesa e a produção de obras nacionais.

As restrições ao direito de estabelecimento estrangeiro, de resto, não se têm mostrado só por si adequadas como instrumento de realização desses objectivos, pois a experiência comprova que, num mercado aberto, os critérios das estações comerciais não variam substancialmente em função do respectivo capital social. O desenvolvimento da produção de obras portuguesas depende, muito mais decisivamente, das regras directamente incidentes sobre a programação (assim, por exemplo, a Lei nº 12/81, de 21 de Julho, sobre protecção da música portuguesa, a Lei nº 23/87, de 24 de Junho, sobre protecção das produções dramáticas portuguesas, e o artigo 19º da própria Lei da Televisão, sobre a defesa da língua portuguesa), bem como dos apoios específicos concedidos para esse fim e do papel desempenhado pelo serviço público de televisão (veja-se a alínea 1) do nº 3 do artigo 4º da Lei nº 21/92, de 14 de Agosto, que faz recair sobre o concessionário a obrigação de «apoiar a promover o cinema e as demais formas de produção e expressão áudio-visuais», querendo naturalmente referir-se à produção áudio-visual portuguesa).

A AACS não pode, nesta oportunidade, deixar de sublinhar a importância destes aspectos e a necessidade premente de assegurar, num mundo audiovisual cada vez mais internacionalizado, as condições de afirmação duma presença activa da língua e da cultura portuguesas.

./.

11/157



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-22-

V — A LEI DA TELEVISÃO E O DIREITO COMUNITÁRIO SOBRE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS

V.1 — O limite de 15% para as participações de capital estrangeiro constitui, conforme acima se salientou (*supra*, nº III) uma restrição ao direito de estabelecimento, não uma restrição à circulação de capitais. O que está em jogo, em normas deste tipo, não é a maior ou menor liberalização dos investimentos estrangeiros, genericamente considerados, mas sim uma discriminação em razão da nacionalidade no acesso a determinado sector de actividade económica. Se a actividade de televisão permanecesse entre nós vedada à iniciativa privada, a liberalização dos movimentos de capitais não alteraria em nada a situação dos investidores comunitários. Do mesmo modo, a abertura desse sector ao investimento estrangeiro em nada prejudicaria os condicionamentos eventualmente existentes à circulação dos capitais. São regimes autónomos, que diferem tanto pelas suas finalidades como pelos critérios e conceitos em que se baseiam.

Isto não significa, evidentemente, que a subscrição de acções representativas do capital social duma empresa de televisão não possa estar sujeita a restrições no âmbito do regime de circulação de capitais. O exercício do direito de estabelecimento implica muitas vezes a realização dum investimento, ou seja, uma operação de capitais. Quando assim suceda, torna-se necessário ter em conta os dois regimes, porque só depois de cumulativamente eliminadas as restrições dum e doutro é que a operação se poderá considerar legalmente viável. É esse seguramente o caso do aumento de capital da TVI.

O que não pode afirmar-se é que a restrição imposta pelo artigo 9º da Lei da Televisão (o limite de 15%) se enquadra no regime de circulação dos capitais estrangeiros, ou que se enquadra simultaneamente no regime dos capitais e no do direito de estabelecimento — de tal modo que lhe fosse legítimo procurar nos princípios de direito comunitário relativos ao primeiro destes regimes a cobertura que lhe falta no âmbito do segundo. Uma operação de investimento pode sofrer restrições por força de qualquer dos regimes apontados, mas uma determinada restrição legal, concretamente identificada, há-de forçosamente caber apenas num deles. Se é exacto, portanto, que o limite de 15% constitui uma restrição, não consentida pelo direito comunitário, ao direito de estabelecimento de investidores estrangeiros no

./.

1158



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-23-

sector da televisão, nenhuma justificação se lhe poderá encontrar alterando a sua qualificação e vendo, nesse limite, aquilo que ele não é — uma restrição à livre circulação dos capitais.

V.2 — Em todo o caso, se se quiser, por escrúpulo de argumentação, confrontar a Lei da Televisão com o regime comunitário dos capitais, rapidamente se concluirá que ele não autoriza a restrição imposta por aquela lei.

O artigo 67º do Tratado de Roma determinava (antes de o Tratado da União Europeia o substituir pelo actual artigo 73º-B) que «os Estados membros suprimirão progressivamente entre si, durante o período de transição, e na medida em que tal for necessário ao bom funcionamento do mercado comum, as restrições aos movimentos de capitais pertencentes a pessoas residentes nos Estados membros (...)». Esta disposição constituía, como se sabe, uma das raras disposições do Tratado desprovidas de efeito directo, uma vez que a sua aplicação ficou dependente das directivas a adoptar nos termos do artigo 69º.

Para este efeito, o Conselho começou por aprovar a Directiva de 11 de Maio de 1960 (Jornal Oficial nº 43, de 12.7.60), depois sucessivamente alterada pelas Directivas nº 63/21/CEE, nº 85/583/CEE e nº 86/566/CEE (Jornal Oficial nº 9, de 22.1.63, nº L 372, de 31.12.85, e nº L 332, de 26.11.86), a última das quais contendo um regime transitório para Portugal relativamente a diversas operações de capitais. Pouco depois, na sequência da entrada em vigor do Acto Único Europeu, que fixou em 31.12.92 a data limite para a realização do mercado interno, aquele conjunto de disposições foi substituído pela Directiva nº 88/361/CEE (Jornal Oficial nº L 178, de 8.7.88), na qual se determinou a supressão geral das restrições aos movimentos de capitais a partir de 1.7.90, com excepção de alguns períodos derogatórios que poderiam ir até 31.12.92. Portugal beneficiou dessa derrogação para os movimentos de capitais enumerados na lista II do anexo IV da Directiva, enquanto o anexo III definiu o âmbito de aplicação das disposições transitórias do Acto de Adesão de 1985 de acordo com a nomenclatura das operações que nela foi fixada.

No momento da publicação da Lei da Televisão (Setembro de 1990), as normas de direito comunitário aplicáveis a Portugal em matéria de circulação de capitais eram, assim, por um lado, as dos artigos 222º a 232º do Tratado de Adesão,

./.



Handwritten signature

ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-24-

interpretadas de acordo com a nomenclatura estabelecida pelo anexo I da Directiva nº 88/361/CEE; e, por outro lado, as do artigo 6º da mesma Directiva, conjugado com a lista II do seu anexo IV.

Da aplicação deste regime resultavam duas hipóteses:

Se a aquisição de acções da TVI tivesse a natureza de uma operação de investimento directo, cairia no âmbito do artigo 222º do Tratado de Adesão, segundo o qual tais operações deveriam estar liberalizadas o mais tardar até ao final de 1989. De acordo com a nomenclatura da Directiva nº 88/361/CEE, a participação no capital social de sociedades por acções teria carácter de investimento directo sempre que o lote de acções na posse do adquirente lhe desse «a possibilidade de participar efectivamente na gestão dessa sociedade ou no seu controlo».

Se a operação não revestisse as características dum investimento directo (na acepção apontada), ficaria então sob a alçada do artigo 6º da Directiva nº 88/361/CEE e da lista II do seu anexo IV, segundo os quais Portugal poderia, em relação a certos movimentos de capitais, «manter ou restabelecer, (...) até 31 de Dezembro de 1992, as restrições existentes, à data de entrada em vigor da presente directiva (...)». Entre esses movimentos, abrangidos pela cláusula de *stand still*, encontrava-se a aquisição por não-residentes de títulos nacionais não negociados na bolsa.

V.3 — Não é fácil, naturalmente, saber quando é que uma determinada participação dá ao seu detentor a possibilidade de «participar efectivamente» na gestão ou controlo duma sociedade anónima. Essa avaliação depende, entre outros possíveis factores, da composição do capital social, da eventual existência de acordos para-sociais entre accionistas e da própria legislação aplicável à estrutura e funcionamento das sociedades. No presente caso, porém, não chega a ser necessário qualificar de uma maneira ou doutra (como investimento directo ou como simples aquisição de títulos fora da bolsa) a subscrição de acções da TVI por empresas comunitárias, visto que a conclusão será idêntica em ambas as hipóteses.

Se, na verdade, se tratasse de investimento directo, as restrições deveriam estar suprimidas desde 31.12.89, por força do artigo 222º do tratado de Adesão. No caso contrário, Portugal beneficiava dum período transitório até 31.12.92, mas apenas para o efeito de «manter ou restabelecer» as

./.

11/160



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-25-

restrições existentes à data de entrada em vigor da Directiva nº 88/361/CEE. Ora o nº 3 do artigo 9º da Lei da Televisão não veio manter, nem restabelecer, nenhuma restrição aos movimentos de capitais no sector da televisão. Este sector só foi aberto à iniciativa privada em 1990 e, conseqüentemente, todas as restrições que a lei de então impôs à aquisição de acções tinham de se considerar restrições novas, não "mantidas" nem "restabelecidas", pelo que não podiam aproveitar-se da cláusula de *stand still*.

Se, em vez de 1990, considerarmos o problema na perspectiva do regime comunitário vigente no momento em que se realizou o aumento de capital da TVI, o panorama torna-se ainda mais claro. Com efeito, o novo artigo 73º-B do Tratado de Roma, introduzido pelo Tratado da União Europeia, passou a dispor que «são proibidas todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados membros e entre Estados membros e países terceiros». Este princípio comporta algumas atenuações no que se refere às relações com países terceiros (artigo 73º-C), mas não no que respeita às relações entre países membros. A única ressalva feita pelo Tratado — que vem afinal confirmar tudo quanto acima se disse — é a prevista no nº 2 do artigo 73º-D, segundo o qual o disposto no artigo 73º-B «não prejudica a possibilidade de aplicação de restrições ao direito de estabelecimento que sejam compatíveis com o presente Tratado». Só no âmbito desta última figura, portanto, e com respeito pelas condições decorrentes dos princípios da União, é que o Estado português poderia, hoje, restringir o acesso de capitais comunitários às empresas portuguesas. Mas essas condições, como se viu, não existem no caso da actividade de televisão.

VI — CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO COMUNITÁRIO

VI.1 — Com a adesão à Comunidade Europeia, as disposições do Tratado de Roma e todas as demais normas do chamado direito comunitário originário tornaram-se vinculativas para o Estado português e foram incorporadas no seu direito interno, por força da cláusula geral de recepção plena do direito internacional convencional estabelecida no artigo 8º, nº 2, da Constituição. O mesmo sucede com as normas de idêntica natureza aprovadas subseqüentemente, em

./.

11/1/61



July

ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-26-

especial as do Acto Único Europeu e as do Tratado de Maastricht. E têm ainda de considerar-se vigentes *pro foro interno* as normas constantes dos actos comunitários dotados de efeito directo (nº 3 do artigo 8º da Constituição), como é o caso das directivas quando as suas disposições se mostrem claras, precisas e incondicionais.

De acordo com a orientação largamente dominante na doutrina e na jurisprudência, as normas do direito comunitário, originário ou derivado, prevalecem sobre os preceitos da lei interna ordinária. Por esse motivo, e para além de se deverem considerar revogadas, a partir de 1 de Janeiro de 1986, todas as normas de direito interno ordinário que estivessem em contradição com o Tratado de Roma (salvo as abrangidas pelas disposições derogatórias e transitórias do Tratado de Adesão, onde não se inclui a comunicação social), ter-se-ão ainda de julgar inválidas as leis internas aprovadas depois de 1986 que se mostrem contrárias ao mesmo tratado e aos restantes preceitos comunitários. Seria o caso duma lei que impedisse investidores provenientes da Comunidade de adquirir a propriedade de empresas de televisão. Tal lei teria de considerar-se inaplicável, por força dos princípios gerais sobre a invalidade das normas que estão em desconformidade com normas de grau superior.

VI.2 — Se a Lei da Televisão não podia proibir investimentos superiores a 15% por parte de empresas ou cidadãos comunitários, então é de presumir que o não tenha querido fazer.

Os actos públicos gozam, na verdade, de uma presunção de conformidade com as normas que os regem (presunção de validade), cujos reflexos no plano interpretativo levam a preferir, na falta de elementos conclusivos em sentido contrário, o entendimento mais consonante com as normas superiores (interpretação conforme com o tipo legal, interpretação conforme com a Constituição, etc.). No caso presente, os princípios com os quais a Lei da Televisão se deveria conformar constavam de tratados internacionais celebrados pelo Estado português e de actos normativos de fonte supranacional. Ora seria inteiramente desrazoável partir do princípio de que o legislador ordinário só pretende respeitar tais princípios quando fizer expressa reserva deles. O que, pelo contrário, se tem de presumir é que as

./.

11162



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-27-

leis se destinam a ser aplicadas sempre com ressalva dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado português. A não ser assim, e dada a vastidão das matérias cobertas por convenções e tratados, o legislador ordinário ver-se-ia na absurda contingência de ter de apor em todos os seus actos uma cláusula explícita de salvaguarda das normas internacionais ou supranacionais, sob pena de se concluir que as não quis respeitar.

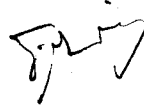
É legítima, portanto, uma interpretação do artigo 9º da Lei da Televisão que leve a excluir da categoria do capital estrangeiro, sujeito ao limite de 15%, as participações de investidores comunitários, nas condições concretas em que se encontra actualmente a TVI. Esta interpretação conforme com o Tratado de Roma não chegará mesmo a possuir carácter restritivo, se se entender que o conceito de "estrangeiro", nas áreas relacionadas com as liberdades instituídas pelo Tratado de Roma (circulação de trabalhadores, prestação de serviços, direito de estabelecimento, circulação de capitais), não pode ser aplicado indiferentemente aos cidadãos comunitários e aos cidadãos de outros países, tão grande é a distância que separa os respectivos estatutos.

VI.3 — De qualquer forma, mesmo que se pusesse em dúvida a legitimidade desta interpretação baseada na presunção de validade dos actos legislativos, ainda assim seriam idênticos os resultados a que se chegaria por via da sua invalidade. Se se quiser ver no artigo 9º da Lei da Televisão uma restrição dirigida contra os próprios capitais de origem comunitária, então essa norma teria, nessa parte, de considerar-se inaplicável por ofensa de outras normas de grau superior.

Não existe entre nós nenhum mecanismo de fiscalização abstracta da conformidade das leis com o direito internacional (nenhuma instância judicial pode anular ou declarar tais leis "ilegais"), mas existe sempre a possibilidade de fiscalização concreta e incidental, a propósito da aplicação da lei a cada caso. E essa fiscalização, que compete em primeira linha aos tribunais, pode o Governo também fazê-la quando — como sucede neste caso — as normas infringidas são dotadas de efeito directo e não podem por ele deixar de ser plenamente executadas. Havendo conflito entre dois preceitos dotados, ambos, de exequibilidade imediata, todas as autoridades têm o poder e o dever de dar prevalência ao mais altamente colocado na hierarquia das fontes.

./.

1163



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-28-

VII — CONCLUSÃO

- Tendo a Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS) solicitado à TVI-Televisão Independente, S.A., nos termos da alínea h) do artigo 4º da Lei nº 15/90, de 30 de Junho, o envio de dados relativos à composição do respectivo capital social, para efeitos de fiscalização do cumprimento das normas referentes à participação de capital estrangeiro nas empresas de comunicação social, e

- Tendo o Subsecretário de Estado Adjunto do Ministro Adjunto enviado à AACS uma informação recebida da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, onde este organismo considera indiciada a violação do disposto no nº 3 do artigo 9º da Lei nº 58/90, de 7 de Setembro, por parte da TVI, em virtude do aumento de capital realizado por esta empresa entre 15 de Novembro de 1993 e 14 de Janeiro de 1994,

A Alta Autoridade para a Comunicação Social delibera:

A) O regime do nº 3 do artigo 9º da Lei nº 58/90, proibindo as participações de capital estrangeiro superiores a 15%, constitui uma restrição específica ao direito de estabelecimento no sector da actividade de televisão, não tendo sido posto em causa pela legislação posterior que liberalizou as operações de capitais com o exterior;

B) As participações estrangeiras no capital da TVI atingem 45% do seu capital social e são detidas na sua quase totalidade por entidades sediadas em países membros da Comunidade Europeia;

C) O Tratado de Roma assegura aos cidadãos e empresas da Comunidade o direito de estabelecimento em todos os sectores de actividade económica, apenas com as excepções justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública;

D) A defesa da identidade cultural portuguesa e da autonomia da opinião pública nacional, que poderiam, em tese, fundamentar um argumento de ordem pública para restringir a participação de capitais comunitários nas empresas de televisão, deve ser confrontada com os valores subjacentes ao processo de integração europeia, tanto no plano político como no da criação dum espaço audiovisual comum;

./.

1164



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-29-

E) Por muito incertos que em abstracto possam ser os resultados desse confronto, não parece que existam razões de ordem pública suficientes para impedir participações estrangeiras detidas, como sucede no caso da TVI, por entidades gestoras de fundos de investimento, que não têm por objectivo a realização de projectos empresariais específicos e por definição não estão orientados para a aquisição de posições de domínio nas empresas nem têm em vista assegurar o controle da sua gestão;

F) Não conduziria a resultados diferentes a aplicação do regime comunitário sobre circulação de capitais, que se encontra hoje inteiramente liberalizado e mesmo em 1990 já não permitia a criação de novas restrições à aquisição de títulos nacionais por não-residentes;

G) É de presumir, na falta de elementos concludentes em sentido contrário, que o legislador nacional pretende sempre respeitar as obrigações assumidas pelo Estado português através de convenções internacionais regularmente aprovadas e ratificadas, pelo que o limite de 15% previsto no artigo 9º da Lei nº 58/90 deve ser interpretado restritivamente, de modo a não abranger os investidores comunitários, nas circunstâncias concretas do caso em análise;

H) Ainda que assim não se entendesse, as disposições do Tratado de Roma prevalecem, nos termos da Constituição, sobre as normas internas de direito ordinário e são directamente aplicáveis sem a intermediação do legislador nacional, pelo que o limite em causa teria de ser considerado inválido e inaplicável aos investidores comunitários;

I) Por todas as razões apontadas, a AACS entende que não existem elementos que permitam concluir pela existência duma situação de incumprimento da lei por parte da empresa TVI - Televisão Independente, S.A., no respeitante à presença de participações estrangeiras no seu capital social.

Esta deliberação foi aprovada por maioria, com votos a favor de Pedro Figueiredo Marçal, Eduardo Trigo, Bráulio Barbosa, Torquato da Luz, Cristina Figueiredo, José Gabriel Queiró, Beltrão de Carvalho, Assis Ferreira, Maria de Lurdes Breu e Aventino Teixeira, contra, com declaração de voto, de José Garibaldi, e abstenção de Artur Portela.

Alta Autoridade para a Comunicação Social,
em 29 de Junho de 1994
O Presidente

Pedro Figueiredo Marçal
Juiz Conselheiro

/AM

1165



J. M. J.

ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

M

DECLARAÇÃO DE VOTO

Limitações ao capital estrangeiro na TVI

Votei contra esta deliberação pelas seguintes razões:

1. O relatório não tem na devida conta as motivações que levaram o legislador a estabelecer, em Setembro de 1990, limitações quantitativas à participação de capital "estrangeiro" na composição do capital social dos operadores privados de televisão.

Com efeito, estas limitações surgem no artigo 9º da Lei 58/90, que se encontra inserido no capítulo dessa Lei referente ao "Regime de Licenciamento" e tinham o claro objectivo de impedir que investidores estrangeiros, de qualquer proveniência, viessem a tornar-se proprietários dos canais de televisão a licenciar. Foi esse, aliás, o entendimento prevalecente na época e aquele que, não só condicionou a actuação (por ausência) desses investidores no processo de licenciamento, como a apreciação, pela AACs, da legalidade dos projectos submetidos a concurso.

2. Neste contexto, parecer-me-ia mais pertinente que o relatório tivesse indagado quais as intenções que subjazem a esta disposição legal, aprovada já depois da adesão de Portugal às Comunidades, tendo em consideração que o legislador português não desconhecia as implicações decorrentes dessa adesão (nomeadamente as estabelecidas no artigo 8º da Constituição) - sob pena de se considerar o artigo 9º da Lei da Televisão como um nado-morto, ou de se ter de produzir um delicado exercício de hermenêutica destinado a ler no texto dessa Lei aquilo que nesse texto não se encontra escrito.

3. Muito sucintamente, era possível destacar três grandes grupos de razões que sustentam a opção do legislador e que garantem a actualidade, a pertinência e o suporte legal das citadas limitações: refiro-me às razões jurídico-constitucionais, políticas e culturais.

4. Parece-me necessário continuar a ter em consideração a originalidade das limitações à actividade económica e ao investimento estrangeiro estabelecidas pelo artigo 88º da Constituição, especialmente porque elas não coincidem com as excepções que, sobre a mesma matéria, estão previstas no Tratado de Roma e por se manterem em vigor mesmo após a revisão constitucional motivada pela adesão ao Tratado de Maastricht.

./.

11/66



Handwritten signature or initials

ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Handwritten mark

-2-

Com efeito, a CRP continua a considerar como legítimo e necessário que se mantenha o condicionamento da actividade económica e das participações do capital estrangeiro em situações em que seja de atender aos interesses da independência nacional, como pode ocorrer no presente caso.

Ora, mesmo tendo em conta o primado do direito comunitário, as suas normas não podem prevalecer sobre os princípios que sedimentam o nosso quadro constitucional e portanto só "vigoram directamente na ordem interna" (CRP, artigo 8º, nº3) desde que não contrariem o disposto na Lei Fundamental.

Pode ainda recordar-se, na esteira de um Parecer de 19 de Novembro de 1987 da Procuradoria Geral da República, que existindo cláusulas no Tratado de Roma que estabelecem limitações aos investimentos estrangeiros decorrentes de razões de "ordem pública", não repugna admitir que tal "ordem" respeita ao pleno exercício dos direitos individuais que, na sociedade mediática em que vivemos, se exprimem sobretudo na e pela comunicação social, maxime na e pela televisão.

Parece portanto possível afirmar-se que a vigência do artigo 9º da lei da televisão tem um sólido suporte constitucional e não está necessariamente afectada pelas disposições do Tratado de Roma, uma vez que o espaço comunicacional da rede de canais de televisão (estabelecida em Portugal, para um público português, difundindo em língua portuguesa) deve ser usufruído em consonância com os superiores interesses do país que disponibiliza a sua exploração comercial.

5. Não se deve também deixar de ter presente que o processo de integração europeia não se desenvolve de forma linear e depende sempre das oscilantes concepções de "Europa" que, em cada momento, são predominantes, bem como das diferentes estratégias dos partidos que, em cada país, vão assumindo responsabilidades da sua condução.

Parece de bom-senso que, neste contexto, não se queira abdicar do estabelecimento de condicionamentos sobre a propriedade de vectores fundamentais para a definição dos contornos do nosso regime democrático e para salvaguarda do rosto específico desta nação - como o são os canais de televisão privados, essenciais à existência de uma opinião pública civicamente empenhada, dispendo de instrumentos adequados à

./.

Handwritten number 1167



ALTA AUTORIDADE PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

-3-

formação da sua consciência crítica, susceptíveis de lhe permitir questionar o próprio do processo de construção europeia.

6. As limitações ao investimento estrangeiro na comunicação social estão também intrinsecamente relacionadas com a salvaguarda do pluralismo cultural, isto é, com a necessidade de assegurar os meios adequados para que cada povo defenda e promova a sua identidade própria num quadro de crescente interdependência e de aprofundamento do diferente tipo de relações concebíveis no mosaico das nações europeu. E o pluralismo cultural pressupõe a existência de uma comunicação social que permita uma leitura de nós e do mundo intermediada por olhares portugueses e cimentada em tradições, hábitos e mentalidades que nos são próprios - factores que devem ser garantidos com uma veemência tanto mais afirmada, quanto mais profundos forem os processos de integração em que o país se envolva.

7. São estas algumas das considerações que me conduzem a afirmar que o artigo 9º da Lei de televisão estabelece uma limitação genérica relativa ao investimento estrangeiro, independentemente da sua proveniência. Simultaneamente e em consonância com passagens deste relatório, entendo que o legislador poderá consagrar um regime de protecção da nossa identidade cultural que não se baseie, exclusivamente, nas limitações ao investimento estrangeiro nos meios de comunicação social, tendo em consideração que tais meios exigem o concurso de expressivos recursos financeiros para a sua viabilização económica e terão dificuldade em subsistir recorrendo apenas a capitais portugueses. Não foi essa, no entanto, a opção da Lei da Televisão e a AACS não deveria deixar de exprimir o seu parecer em consonância com as motivações e princípios nela estabelecidos. Não o fazendo e apesar do carácter desta deliberação, circunscrito à apreciação do caso concreto em análise, acaba por pôr em causa o quadro legal existente e por pôr em questão o modo como se processou a "selecção natural" das candidaturas à exploração dos canais privados de televisão e o seu licenciamento.

José Garibaldi
29.JUN.94

1167