



## Concentração de empresas mediáticas: pluralismo e concorrência

Raquel Brízida Castro<sup>1</sup>

### 1. Eficiência e pluralismo nos *media*

As empresas de *media* são as únicas expressamente sujeitas a uma autoridade de regulação por imposição constitucional (art.º 39.º, da CRP). Esta especificidade, que visa garantir o pluralismo, manifesta-se de modo paradigmático no regime aplicável à concentração de empresas mediáticas, através da necessidade de compatibilizar o pluralismo e concorrência, e da inerente intervenção de duas distintas autoridades de regulação: a Entidade Reguladora da Comunicação Social (ERC) e a Autoridade da Concorrência (AdC).

Uma análise jusconcorrencial de uma operação de concentração que envolva empresas mediáticas é distinta de uma análise que vise apurar os seus efeitos para o pluralismo do setor, numa determinada ordem jurídica. A robustez desta premissa, não obstante possa ser objeto de refutação no plano teórico, depende, *in casu*, da configuração concreta do princípio do pluralismo dos *media* perante cada ordenamento jurídico-constitucional.

No caso português, o nível de vinculação constitucional não se dilui em meras dificuldades de articulação regulatória, pelo simples facto

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito; Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; *Of Counsel* Andersen Tax & Legal Portugal.



de ambos os controlos caberem a entidades reguladoras distintas. A solenidade emprestada à tutela constitucional do pluralismo não se coaduna com uma perceção puramente formal do procedimento. Daí a questão que o presente artigo pretende problematizar, atenta a experiência propiciada pela análise de casos recentes, bem mediáticos<sup>2</sup>. Uma operação de concentração que envolve empresas de media reclama, no nosso ordenamento jurídico-constitucional controlos jurídicos distintos e paralelos. Mas, conforme demonstraremos de seguida, nenhum negócio poderá vingar sem uma análise efetiva dos seus efeitos no pluralismo dos *media*, o que reclama a investigação de pontos de referência hermenêutica para a concretização da garantia constitucional do pluralismo na interpretação das normas procedimentais da Lei da Concorrência (LdC)<sup>3</sup> e dos Estatutos da ERC<sup>4</sup>.

No contexto de um estudo sobre a adequação da eventual substituição de regras específicas da propriedade dos *media* pelas regras gerais da concorrência, cumpriria apurar, em abstrato:

- i) Se as regras da concorrência, aplicadas aos *media*, são adequadas à obtenção do seu valor específico, que é a

---

<sup>2</sup> Algumas delas já foram objeto de análise - BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 374 e ss.

<sup>3</sup> Cfr. Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que aprova o regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro.

<sup>4</sup> Cfr. Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, que cria a ERC — Entidade Reguladora para a Comunicação Social, extinguindo a Alta Autoridade para a Comunicação Social.



eficiência e prevenção de práticas anticompetitivas, no mercado da comunicação social;

- ii) Se, concomitantemente, essas regras constituem o instrumento adequado à prossecução de valores alheios ao seu enquadramento natural, como seja o pluralismo mediático, enquanto desígnio constitucional.

Pela nossa parte, parece-nos seguro que os conceitos de pluralismo e concorrência não coincidem, dependendo o respetivo relevo jurídico do ordenamento constitucional positivo em que se inserem e da forma como é configurado o interesse público no setor dos *media*. Desde logo, cabe realçar, em termos paradigmáticos, que a adoção de um conceito formal de pluralismo, baseado na exigência de regras especiais quantitativas da propriedade dos *media*, pode constituir uma garantia de maior concorrência económica, mas não conduz, necessariamente, a uma maior concorrência publicista, o que revela a inaptidão dessas regras restritivas para a prossecução do fim legítimo, eventualmente invocado pelo legislador. Em acréscimo, a evolução do setor e, em especial, a sua nova realidade digital, força-nos a abandonar os critérios tradicionais de análise do pluralismo e da propriedade dos *media*, em favor de um critério material de determinação dos verdadeiros consumos de *media*, o qual reclama ponderações concretas e circunstanciais, atenta a



dificuldade da sua codificação, independentemente da natureza dos meios de comunicação social em causa<sup>5</sup>.

## 2.O debate nos EUA

Neste contexto, SHELANSKY elucida-nos sobre a polémica, adequada aos antecedentes históricos dos EUA e consequente evolução, entre duas diferentes posições sobre o interesse público, a propósito do debate sobre a desregulação da propriedade dos *media*<sup>6</sup>. Os defensores da desregulação vêm o interesse público inserido num modelo orientado para a eficiência do mercado, cujo objetivo é o de promover a concorrência, conduzindo a uma melhor satisfação das preferências dos consumidores pelos *media*. Os opositores à desregulação vêm, por sua vez, o interesse público através de um determinado modelo democrático, que deve ter por desígnio a garantia de acesso de diferentes pontos de vista aos *media*, condição de uma discussão pública informada sobre assuntos relevantes. No argumentário do autor, da aplicação das regras da concorrência não só não resulta maior qualidade não económica e diversidade, como os objetivos de concorrência são atingidos de forma menos eficiente do que noutras indústrias, por

---

<sup>5</sup> Algumas delas já foram objeto de análise - BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 387 e ss.

<sup>6</sup> SHELANSKI, Howard A. (2006), "Antitrust Law as Mass Media Regulation: Can Merger Standards Protect the Public Interest?", in *California Law Review, Inc.*, Vol. 94, n.º 2, pp. 371 e 372.



razões jurídicas e económicas, nomeadamente relacionadas com a Primeira Emenda.

A eficiência - enquanto resultado almejado pela defesa da concorrência - e o pluralismo não parecem ser conceitos incompatíveis, ainda que nem sempre coincidentes. A este propósito, ARINO aponta entendimentos diferentes de interesse público, perceções diversas sobre os níveis aceitáveis de concentração da propriedade e alerta para o facto das especificidades económicas do mercado dos *media* poderem gerar contradição entre ambos. Defende, porém, que, na ausência de regulação específica dos *media*, é desejável que as regras da concorrência tenham em consideração as preocupações de pluralismo mediático, devendo, nos casos mais difíceis, adotar a solução que o privilegia, salvaguardando algum nível de eficiência. Uma solução excecional que evitaria a produção de danos irreversíveis e fatais para a concorrência permitindo, ao mesmo tempo, garantir a preservação de critérios democráticos, sendo, por isso, mais valiosa para a sociedade. Em última instância, é uma escolha constitucional<sup>7</sup>.

A tese da extensão das regras da concorrência ao controlo do pluralismo convoca alguns problemas metodológicos. Vejamos, a título de exemplo<sup>8</sup>, a problemática definição de mercado relevante, conceito técnico primordial numa análise jusconcorrencial para o apuramento do poder de mercado de uma determinada empresa,

---

<sup>7</sup> Algumas delas já foram objeto de análise - BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 367 e ss.

<sup>8</sup> Para mais exemplos - BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 367-374.



ou seja, a capacidade de uma empresa controlar o preço e a produção. Um mercado relevante engloba toda a oferta alternativa que possa ser substituída e que compete para atrair clientes, num determinado mercado geográfico. O que pode ser substituível para o consumidor – tendo acesso às notícias através da internet ou do jornal –, não se aplica, provavelmente, aos anunciantes. Mesmo o conceito de consumidor varia em função do meio em causa. Observa ARINO que a própria ideia de substituíbilidade dos *media* suscita problemas, pois o que é valorizado é a diversidade de conteúdos e fontes. Assim, dois produtos que não são equivalentes de um ponto de vista económico – rádios e jornais, televisão e publicações –, farão parte do mesmo mercado de ideias. Os motivos da existência ou ausência de substituíbilidade podem não ter a ver com o preço, mas com o formato, o horário ou a qualidade do produto. Em última instância, até se pode defender que, no mercado dos *media*, não existe essa noção de substituíbilidade<sup>9</sup>.

Efetivamente, as abordagens tradicionais são insuficientes para a definição de uma posição, dominante, de influência sobre a opinião pública, num mercado de ideias. A concorrência apenas se preocupa com o abuso de poder. E o que é um abuso de opinião pública? Qual é a intensidade, aceitável, de concentração no mercado de ideias? E como aplicar tais critérios ao novo mundo digital? Reiteramos o nosso entendimento de que o peso que o pluralismo pode vir a assumir numa ordem jurídica, a sua relação com uma análise jusconcorrencial, terá de corresponder a uma determinada escolha constitucional positiva e a ela se adequará,

---

<sup>9</sup> Para mais desenvolvimentos - Algumas delas já foram objeto de análise - BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 367 e ss.



inelutavelmente, um modelo jurídico regulatório da comunicação social<sup>10</sup>.

### **3. As dimensões garantísticas da propriedade dos *media* na ordem jurídico-constitucional portuguesa**

3.1. No ordenamento jurídico-constitucional português vigente, a propriedade dos *media* está sujeita a critérios específicos de intervenção do Estado, cujas dimensões garantística e publicística prevalecem sobre os fundamentos da mera defesa da concorrência<sup>11</sup>. Por um lado, a Constituição consagra expressamente, como princípio fundamental da organização económica e social, o princípio da subordinação do poder económico ao poder político democrático<sup>12</sup>, sendo uma incumbência prioritária do Estado garantir o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, devendo contrariar, nos termos constitucionais, “*as formas de organização monopolistas*” e reprimir “*os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral*”<sup>13</sup>. Por outro lado, salvo no caso da imprensa escrita, a regulação constitucional da liberdade de iniciativa e do direito de propriedade é claramente mais restritiva, atenta a necessidade de compatibilização da iniciativa privada com

---

<sup>10</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 365 e ss.

<sup>11</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 374 e ss.

<sup>12</sup> Cfr. Artigo 80.º, alínea a), da CRP.

<sup>13</sup> Cfr. Artigo 81.º, alínea f), da CRP.



determinados valores e interesses, que alguma doutrina qualifica de superiores<sup>14</sup>, como os da liberdade de imprensa e do pluralismo. Em conformidade:

- i) Os princípios da transparência e do controlo de concentração económica<sup>15</sup> constituem restrições constitucionais expressas às liberdades económicas de iniciativa privada, de empresa e propriedade privada<sup>16</sup>, nomeadamente a garantia da propriedade e da sua transmissão<sup>17</sup>;
- ii) A iniciativa privada, no presente setor da atividade económica, encontra-se qualificada por fins superiores, não económicos, o que implica formas de disciplina e controlo apropriados<sup>18</sup>, atento o risco de influências

---

<sup>14</sup> MENDES, Evaristo Sousa (2010) *Anotação ao Artigo 61.º, in Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª Edição*, MIRANDA/MEDEIROS, Coimbra Editora: Coimbra; p. 1194.

<sup>15</sup> Paulo OTERO salienta a importância destes princípios como “formas da ordem jurídica de um Estado constitucional poder limitar, eliminar ou combater manifestações informais de um poder oculto, responsável pela debilitação da legitimidade democrática dos representantes do povo e protagonistas do poder político formal.” - OTERO, Paulo (2010) *Direito Constitucional Português: A Organização do Poder Político, Vol. II*, Almedina: Coimbra; p. 152 e 154.

<sup>16</sup> Cfr. Artigo 61.º, número 1, da CRP - protegida “nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”.

<sup>17</sup> Garantido no artigo 62.º, número 1.º, da CRP.

<sup>18</sup> MENDES, Evaristo Sousa (2010) *Anotação ao Artigo 61.º, in Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª Edição*, MIRANDA/MEDEIROS, Coimbra Editora: Coimbra; p. 1210.





negativas ou mesmo de manipulação, inclusivamente políticas<sup>19</sup>.

A Constituição atribui ao Estado, expressamente, a missão específica de impedir a concentração das empresas titulares dos órgãos de comunicação social, *“designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas”*, nos termos do artigo 38.º, número 4, da CRP, com o objetivo de garantir a liberdade e a independência destas empresas face ao poder político e económico<sup>20</sup>. As divergências ideológicas entre os partidos que fizeram a revisão constitucional de 1989 não obstruíram o consenso no sentido de ficar garantido constitucionalmente o princípio da não concentração: nos termos do número 4, *in fine*, o princípio do pluralismo requer o controlo da concentração das empresas jornalísticas, exigindo-se, designadamente, *“a comunicação da transferência de ações, e interditando-se qualquer ato de transferência ou aquisição tendente a conseguir posições*

---

<sup>19</sup> MENDES, Evaristo Sousa (2010) *Anotação ao Artigo 61.º, in Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª Edição*, MIRANDA/MEDEIROS, Coimbra Editora: Coimbra; p. 1210.

<sup>20</sup> A atual versão desta disposição constitucional resulta da segunda revisão constitucional, de 1989, que veio alterar o seguinte texto da Lei Constitucional de 1982:

Artigo 38.º, n.º 6. *Nenhum regime administrativo ou fiscal nem política de crédito ou de comércio externo podem afetar, direta ou indiretamente, a liberdade de imprensa e a independência dos órgãos de informação perante os poderes político e económico, devendo o Estado assegurar essa liberdade e independência, impedir a concentração de empresas jornalísticas, designadamente através de participações múltiplas ou cruzadas, e promover medidas de apoio não discriminatório à imprensa.*



*dominantes no mercado para uma empresa ou holding de empresas”* <sup>21</sup>.

A obrigação estadual de assegurar “níveis adequados de pluralismo mediático” configura um mandato constitucional concreto, cujo destinatário é, em primeira linha, o legislador. O seu incumprimento através da falta de concretização legal, total ou parcial, é suscetível de gerar uma omissão normativa inconstitucional, lesiva de direitos, liberdades e garantias. O diagnóstico é, atualmente, incontornável: estamos na presença de várias omissões normativas inconstitucionais, cumprindo extrair daí todas as consequências jurídicas.

Efetivamente, o legislador não dotou a ordem jurídica infraconstitucional de todos os instrumentos jurídicos que são necessários ao cumprimento das imposições e vinculações constitucionais do pluralismo. Trata-se, contudo, de uma situação patológica, uma vez que esses instrumentos não se encontram na

---

<sup>21</sup> CANOTRILHO/Gomes/MOREIRA/Vital (2007), *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, Coimbra Editora: Coimbra; p.585.



disponibilidade do legislador ordinário, sendo sujeitos a especial densificação constitucional. Este raciocínio é aplicável:

- i) Às opções concernentes às atribuições e competências da Entidade Reguladora para a Comunicação Social;
- ii) Aos tipos de *media* sujeitos ao escrutínio do pluralismo;
- iii) À (in) viabilidade constitucional de uma operação de concentração que envolve empresas do sector que importe riscos relevantes para o pluralismo mediático;

3.2. A ERC é um Regulador Constitucionalmente Reforçado<sup>22</sup>, cujo Estatuto deve contemplar a já reconhecida dupla natureza de Regulação dos *Media*. Efetivamente, goza de uma natureza jurídico-constitucional singular, pela sua “*natureza ambivalente ou dual*”<sup>23</sup>: a ERC é muito mais que uma mera entidade Reguladora de setores económicos, sendo também uma entidade de defesa de direitos fundamentais. A ERC reveste natureza distinta das restantes entidades Reguladoras, o que decorre da sua configuração constitucional, reconhecida, expressamente, pelo Tribunal Constitucional, em vários acórdãos (em especial no respeito pelo princípio do pluralismo político e das liberdades de expressão, de informação e de imprensa<sup>24</sup>). É também a única entidade

---

<sup>22</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 315 e ss.

<sup>23</sup> ROQUE, Miguel Prata (2009) “Os poderes sancionatórios da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social”, in *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coord. Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes, Coimbra; pp. 387 e 388.

<sup>24</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes/MOREIRA, Vital (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora: Coimbra; pp. 598 e 599.



administrativa independente cujo Estatuto decorre diretamente da Constituição, encontrando-se os seus poderes densificados, por expressa remissão constitucional, numa lei de valor reforçado em sentido próprio, isto é, que contempla um procedimento especial e agravado de produção normativa<sup>25</sup>.

O Regulador dos *Media* é, indubitavelmente, uma Entidade Reguladora de valor constitucionalmente reforçado, o que poderá, eventualmente, justificar que a explicitação e desenvolvimento das suas atribuições constitucionais, “*as estendeu a algumas zonas, porventura, muito para além de um âmbito mais consentâneo com a liberdade dos operadores privados*”<sup>26</sup>. No cumprimento das atribuições constitucionais que lhe são atribuídas, a ERC dispõe dos poderes de emanção de princípios e de regras de regulação e de adoção dos procedimentos administrativos de injunção, para garantir a aplicação de tais normas, controlo do cumprimento dessas regras e dos procedimentos sancionatórios, para a punição das infrações (imposição de coimas)<sup>27</sup>.

3.3. Pelo exposto, no plano da interpretação jurídica, suscitam-se, neste preciso domínio material normativo, questões específicas de repartição de competências entre os Poderes do Estado e de interpretação e aplicação pela Administração/Regulador e pelos Tribunais. O legislador encontra-se limitado *a montante* pela

---

<sup>25</sup> Cfr. Artigos 168.º, n.º6, alínea a) e 112.º, n.º 3 da CRP.

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui (2010) *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Anotação ao artigo 39.º, Coimbra Editora: Coimbra; p. 879.

<sup>27</sup> O artigo 37.º, n.º 3 da CRP foi alterado, na revisão constitucional de 1997, para permitir que uma entidade administrativa independente possa apreciar ilícitos de mera ordenação social. - PINHEIRO, Alexandre Sousa/FERNANDES, Mário João de Brito (1999) *Comentário à IV Revisão Constitucional*, AAFDL: Lisboa; p. 140.



exigência constitucional de determinabilidade das leis restritivas e pela reserva de lei e, *a jusante*, pela liberdade editorial e/ou por espaços onde as especificidades técnicas e/ou tecnológicas podem mesmo reclamar liberdade<sup>28</sup>.

No ordenamento positivo português, o alcance jurídico-constitucional desse potencial espaço de atuação da Entidade Reguladora há-de ter em consideração a concessão direta, *ope constitutionis*<sup>29</sup>, a essa autoridade regulatória, com a natureza de autoridade administrativa independente, de atribuições constitucionais expressas de defesa dos direitos, liberdades e garantias. Em consequência:

- A este órgão compete proceder a ponderações, para além dos domínios normativos preenchidos pelo legislador, e para além dos casos em que o legislador lhe delegue, expressamente, essa missão;
- Essa reserva constitucional<sup>30</sup> surge delineada pelas conexões necessárias, estabelecidas pelo legislador constituinte, entre a reserva material que desenha no artigo 39.º, n.º 1, da CRP, e uma reserva constitucional de administração independente, que resulta do mesmo preceito constitucional e se traduz, no plano do direito

---

<sup>28</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 243 e 244.

<sup>29</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; p. 243. - Cfr. Artigos 38.º, n.º 4 e 39.º, n.º 1, alíneas b) e f), ambos da CRP.

<sup>30</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 323 e ss.



constituído, num estatuto peculiar e inédito da Entidade Reguladora para a Comunicação Social;

- Enquanto entidade a quem a Constituição confere *ex professo* a incumbência da defesa do pluralismo e de direitos, liberdades e garantias, âmbito que se insere na sobredita reserva material, a respetiva atuação há-de fundar-se nos instrumentos próprios do regime de proteção desses direitos, consagrado constitucionalmente;
- Destarte, a reserva constitucional de administração independente, assim delineada, torna a ERC como especial destinatária direta do imperativo constitucional da aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias, apesar ou em vez do legislador;
- Pelo exposto, a aplicabilidade direta das normas constitucionais referentes aos direitos, liberdades e garantias integrantes da reserva constitucional material não é uma mera faculdade, configurando-se, antes, como um dever constitucional expresso.

Pela nossa parte, as matérias elencadas no artigo 39.º, número 1, da CRP, delimitam uma reserva material de administração independente<sup>31</sup>, cabendo ao Regulador, no campo da sua intervenção concreta e pontual, assegurar o seu cumprimento, nos

---

<sup>31</sup> Para mais desenvolvimentos - BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 323 e ss.



termos exigidos constitucionalmente. Quais são as implicações práticas da sobredita afirmação?

Em primeiro lugar, cumpre notar que, mesmo beneficiando de um estatuto distinto das outras Administrações enquanto autoridade administrativa independente, não lhe compete desaplicar normas inconstitucionais. Neste conspecto, não podemos deixar de sufragar a posição mais prudente: órgãos e agentes administrativos não se encontram em plano homólogo ao dos tribunais e o princípio da estrita legalidade administrativa é um dos esteios básicos do Estado de Direito. Não se trata de sustentar a sobreposição do princípio da legalidade ao da constitucionalidade, apenas a Constituição não prevê, para a Administração, uma norma semelhante à que existe para os tribunais, que lhes atribui competência para desaplicar normas inconstitucionais. Uma imperativa razão de certeza e segurança jurídicas determinam que sejam os tribunais a decidir.

Não obstante, na ausência de regulamento ou norma legal que garanta a efetividade de um direito fundamental, ou a competência para concretizar essa garantia, o Regulador deve aplicar diretamente a norma constitucional, suprimindo uma lacuna legislativa inconstitucional<sup>32</sup> ou lacuna constitucional inconstitucional<sup>33</sup>. O Regulador deve, perante omissões legislativas

---

<sup>32</sup> VIANA (CASTRO), Raquel Alexandra Brízida (2000) “Contributo para o Estudo das Omissões Regulamentares Ilegais”, Relatório de Direito Administrativo, para o Curso Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a regência do Prof. Doutor Paulo Otero, (inédito), Lisboa; p. 80;

<sup>33</sup> Sobre a relevância específica da integração de lacunas no campo das omissões lesivas de direitos, liberdades e garantias – BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra



ou regulamentares, poder atuar com fundamento direto nas normas constitucionais<sup>34</sup>.

Em acréscimo, cumpre salientar a possibilidade sufragada pela mais recente doutrina majoritária<sup>35</sup>, constitucional e administrativista, de que as entidades administrativas independentes, bem como qualquer operador administrativo, têm à sua disposição o instituto jurídico da interpretação conforme à Constituição, em sentido lato, como “*manifestação indireta da normatividade constitucional e uma forma de reduzir a litigiosidade no ordenamento*”<sup>36</sup>. Uma das vantagens apontada por essa doutrina é a eventualidade da aplicação administrativa, com uniformidade, no marco de um sentido conforme à Constituição, poder reduzir as probabilidades de ser sindicada em controlo concreto, ainda que subsista o interesse na sua fiscalização abstrata. Acolhemos este argumento, apenas quanto aos casos em que a invalidação da norma

---

(2012) *As Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Constitucional Português*, Almedina: Coimbra; pp. 108 e ss.

<sup>34</sup> Sobre as omissões normativas inconstitucionais - CASTRO, Raquel Alexandra Brízida ou VIANA, Raquel Alexandra Brízida (2012a) - *As Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Constitucional Português*, Almedina, 2012; (2012b) - "Por uma Fiscalização Concreta e Difusa das Omissões Legislativas Inconstitucionais que violam Direitos, Liberdades e Garantias", in *Obra Coletiva de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Volume III, Coimbra Editora: Coimbra; (2002) "Contributo para o Estudo das Omissões Normativas Inconstitucionais", *Tese de Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Políticas Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Inédita (Policopiada), Lisboa;

<sup>35</sup> MORAIS, Carlos Blanco de (2011), *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra, p. 379.

<sup>36</sup> MORAIS, Carlos Blanco de (2011), *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra, p. 379.





controvertida (pelo tribunal) implica a produção de resultados flagrantemente indesejáveis no ordenamento jurídico, nos quais devem prevalecer, claramente, argumentos justificativos de uma interpretação conforme à Constituição, no quadro de uma decisão negativa de inconstitucionalidade, em sede de fiscalização concreta<sup>37</sup>. Nos casos, porém, em que se imponha um juízo de inconstitucionalidade, deverá o Regulador aplicar a norma, apesar da sua inconstitucionalidade, de forma a criar as condições jurídicas para a suscitação jurisdicional da sua inconstitucionalidade.

3.4. Em suma, concretizando: a reserva constitucional de administração independente é, pelo menos, de ato administrativo<sup>38</sup>, o que implica que a análise dos riscos para o pluralismo de uma operação de concentração de empresas mediáticas, resultado de uma ponderação entre os bens constitucionalmente protegidos colidentes, integra uma reserva absoluta de atuação administrativa da ERC. Essa atribuição constitucional expressa configura, concomitantemente, atenta a formulação da norma constitucional,

---

<sup>37</sup> O artigo 80.º, n.º 3, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LTC) prescreve a vinculatividade da interpretação feita pelo Tribunal Constitucional em favor da não invalidade da norma. Os princípios, geralmente, aduzidos para justificar este instituto prendem-se com *“a salvaguarda de um acervo de princípios constitucionais implícitos e princípios relativos à lógica e sistemática processual, como sejam o princípio da presunção da não inconstitucionalidade das normas legislativas; o princípio do aproveitamento do ato jurídico-público; princípio da vocação do ordenamento para a completude; princípio da proporcionalidade e o princípio da unidade de interpretação do ordenamento jurídico.”* – MORAIS, Carlos Blanco (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, Coimbra Editora: Coimbra; p. 916.

<sup>38</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; p. 327.



um dever de controlo efetivo do pluralismo em operações de concentração de empresas do sector. Por conseguinte:

- i) Nenhuma operação de concentração de empresas mediáticas pode ser autorizada sem que a ERC tenha cumprido a exigência constitucional de avaliação dos respetivos riscos para o pluralismo, através da emissão do respetivo parecer;
- ii) Nenhuma operação de concentração de empresas do setor pode avançar contra uma avaliação da ERC no sentido da existência de riscos importantes para o pluralismo mediático;

O que converte qualquer avaliação no sentido da existência de riscos importantes para o pluralismo num verdadeiro e efetivo poder de impedimento de concretização da operação de concentração, independentemente do legislador. O entendimento oposto esvaziaria o conteúdo essencial da garantia constitucional.

#### **4. Projeções infraconstitucionais da garantia constitucional do pluralismo: a Constituição como norma de competência**

4.1. Em concretização das sobreditas atribuições constitucionais, os Estatutos da ERC atribuem ao Conselho Regulador a competência para *“promover o pluralismo cultural e a diversidade de expressão das várias correntes de pensamento”* e para garantir *“a efetiva expressão e o confronto das diversas correntes de opinião, em respeito pelo princípio do pluralismo e pela linha editorial de cada*



*órgão de comunicação social”*<sup>39</sup>. Esta é uma das mais importantes atribuições da ERC, a qual que não pode deixar de ser exercida tendo em consideração várias dimensões do problema, designadamente a necessidade de compatibilização do princípio constitucional do pluralismo, não apenas com as liberdades económicas e o direito de propriedade, mas também com a própria liberdade de informação e de criação editorial, protegidas constitucionalmente.

A imposição constitucional de garantia do pluralismo, nos termos esboçados, reveste natureza diferente das limitações gerais à concentração de empresas, por razões de defesa da concorrência económica, que visam impedir, preventivamente, a criação de situações de posição económica dominante no mercado. Por conseguinte, pode uma concentração ser tolerável sob o ponto de vista da concorrência e não o ser sob o ponto de vista do pluralismo informativo, bem como pode ocorrer o inverso, cabendo, no ordenamento jurídico português, aquela incumbência à Autoridade da Concorrência e esta à ERC, nos termos do artigo 39.º, número 1, alínea b), da CRP<sup>40</sup>. A título meramente exemplificativo, note-se que da análise dos processos em que as questões do pluralismo e da diversidade foram ponderadas pela ERC, por solicitação da Autoridade da Concorrência, para além de alguns critérios isolados,

---

<sup>39</sup> Cfr. Artigos. 7.º, al. a) e 8.º, al. e), dos Estatutos da ERC.

<sup>40</sup> Cabe à Entidade Reguladora para a Comunicação Social, com a natureza de autoridade administrativa independente, assegurar:

*a) a não concentração da titularidade dos meios de comunicação social – artigo 39.º, número 1 alínea b);*

*b) a possibilidade de expressão e de confronto das diversas correntes de opinião – artigo 39.º, número 1, alínea f).*



resulta, claramente, a falta de identidade conceptual quanto à configuração do mercado de produto relevante<sup>41</sup>.

Apesar de serem controlos de natureza distinta, a sua concretização carece, perante o direito positivado, de uma articulação de competências entre a Autoridade da Concorrência e o Regulador dos *Media*<sup>42</sup>. O novo regime jurídico da Concorrência<sup>43</sup> não prevê regimes especiais para o setor das empresas de comunicação social, remetendo aliás, nos seus vários capítulos, para formas de articulação com autoridades Reguladoras sectoriais, sempre que a operação notificada tenha incidência num mercado que seja objeto de regulação sectorial<sup>44</sup>. Não obstante, considerando o argumentário jurídico-constitucional expendido, parece-nos seguro que a conjugação dos regimes legais com vista à articulação entre Reguladores não pode deixar de ser impregnada pela tutela constitucional do pluralismo e pelos corolários supra enunciados. A ERC é, assim, compulsivamente convidada a aplicar diretamente as normas constitucionais de direitos, liberdades e garantias da comunicação, na omissão do legislador, ou a recorrer à

---

<sup>41</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 374 e ss.

<sup>42</sup> Um dos objetivos de regulação da ERC, nos termos dos seus Estatutos, é o de “*promover e assegurar o pluralismo cultural e a diversidade de expressão das várias correntes do pensamento*”, nos termos do artigo 7.º, alínea a). Para tanto, são-lhe conferidas importantes atribuições da ERC nesta matéria, algumas das quais devem ser articuladas com a Autoridade da *Concorrência*:

<sup>43</sup> Aprovado pela Lei n.º 19/2012 de 8 de maio.

<sup>44</sup> No caso do controlo de operações de concentração, veja-se o artigo 55.º da Lei da Concorrência.



interpretação conforme à Constituição, no caso de exequibilidade legislativa defeituosa.

Efetivamente, o conteúdo do princípio da aplicabilidade direta não se esgota na aplicação direta apenas das normas constitucionais que já são exequíveis por si mesmas e por isso suscetíveis de regular diretamente as situações da vida subsumíveis ao seu *Tatbestand*. Tornar-se-ia redundante a sua afirmação no artigo 18.º, n.º 1, da CRP, uma vez que essa é uma consequência lógica do princípio da constitucionalidade e do valor normativo de todas as normas constitucionais e não apenas das normas que consagram os direitos, liberdades e garantias. Perante omissões inconstitucionais lesivas de direitos, liberdades ou garantias, defendemos a afirmação de princípio de que é perante normas constitucionais não exequíveis por si mesmas que o princípio da aplicabilidade direta revela grande parte da sua utilidade<sup>45</sup> – não exclusiva –, sobretudo, nos casos – que mais diretamente nos interessam – em que não exista legislação sobre a matéria ou quando esta for deficitária: em situações, portanto, de falta ou insuficiência de lei.

No contexto da presente reflexão, as premissas expostas geram inúmeras consequências jurídicas, já afloradas, no plano das competências, do objeto dos procedimentos e dos procedimentos de controlo das operações de concentração que envolvem empresas mediáticas, em si.

4.2. Retomemos o argumento supra anunciado de que a análise dos riscos para o pluralismo de uma operação de concentração de

---

<sup>45</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2012) *As Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Constitucional Português*, Almedina: Coimbra; pp. 140 e ss.



empresas mediáticas, resultado de uma ponderação entre os bens constitucionalmente protegidos colidentes, configura, em simultâneo, um poder e um dever. Efetivamente, o presente domínio normativo constitui o objeto de várias regras específicas dispersas pelas várias leis sectoriais. Não obstante, como vimos, perante a imposição constitucional de pluralismo dos *media*, nos termos expostos, a competência atribuída expressamente à entidade administrativa independente ERC, através do artigo 39.º, n.º, alínea b), da CRP, também goza de aplicabilidade direta. O que impõe a sujeição de todas as operações de concentração que envolvem empresas mediáticas, independentemente do tipo de *media* ou da tecnologia, ao escrutínio do pluralismo. Independentemente da omissão, total ou parcial, do legislador ordinário, traduzida na ausência de norma legal expressa de competência da ERC para proceder ao sobredito controlo, ou atinente ao efeito vinculativo do respetivo parecer, quando importe riscos relevantes para o pluralismo.

Insistimos<sup>46</sup> na lição precoce de TRIBE<sup>47</sup>, segundo a qual, apesar das novas tecnologias, os princípios constitucionais devem manter a sua efetividade - designadamente o princípio do pluralismo-, independentemente das novas tecnologias e do meio de comunicação social que estiver em causa. O que significa que, pelo menos no ordenamento jurídico-constitucional português, sem prejuízo da sua liberdade de conformação, o legislador encontra-se vinculado ao respeito dos direitos, liberdade e garantias e respetivo

---

<sup>46</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; p. 461.

<sup>47</sup> TRIBE, Lawrence H. (1991) "The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty beyond de Electronic Frontier", *The Humanist*, Set-Oct; p. 11 e p. 13.



regime de proteção<sup>48</sup>, não sendo admissível uma distinção do regime regulatório aplicável, fundado numa separação obsoleta entre *media* tradicionais e novos *media*. Por identidade de razão, mantêm-se as vinculações constitucionais, nos termos expostos, da regulação dos *media*.

As novas tecnologias geram, por conseguinte, questões correntes de interpretação constitucional<sup>49</sup>, sendo esse, precisamente, o desiderato de uma interpretação tecnologicamente neutra da Constituição da Comunicação<sup>50</sup>. No mínimo, os novos problemas requerem uma interpretação constitucional mais intensa, maior flexibilidade na interpretação textual ou literal, para que as novas questões possam ser traduzidas para o atual contexto tecnológico, em conformidade com os valores constitucionais que se pretende preservar<sup>51</sup>. Uma interpretação tecnologicamente neutra, baseada nos *topoi* gerados pelo texto e programa normativo, através dos critérios tradicionais de interpretação, garante, a nosso ver, esse resultado mínimo. Caso não seja suficiente, obstando a uma tradução de contextos, após indagação do domínio normativo, ela poderá, excecionalmente, conduzir à legitimação de uma deferência judicial e regulatória, in concreto, neste último caso, pelo menos em ordenamentos como o nosso, em que seja possível detetar, no plano constitucional, uma reserva material de

---

<sup>48</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; p. 461.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 100 e 101.

<sup>51</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; p. 101.



administração independente, de ato administrativo<sup>52</sup>. Cabe, efetivamente, evitar que as novas tecnologias e os seus factos com impacto na interpretação constitucional possam produzir alterações, quase impercetíveis, no programa constitucional, traduzidas em mutações impuras, indesejáveis e inconstitucionais.

Note-se que a indefinição resultante da dificuldade de categorização de certos modelos regulatórios surge agravada pela cada vez mais promissora confusão digital entre redes e conteúdos e operadores de rede, intermediários ou fornecedores da *internet* e os produtores de conteúdos<sup>53</sup>. Acresce a possibilidade de optar, casuisticamente, por modelos de negócio distintos e, indiretamente, pelos enquadramentos regulatórios eventualmente mais favoráveis ou menos onerosos. Mais especificamente, estando o mercado dos conteúdos e dos *media* sujeito a especiais exigências constitucionais, causaria perplexidade que outros operadores, com outros modelos de negócio, que atuam nesse perímetro protegido constitucionalmente, não estivessem sujeitos à correspondente especial regulação<sup>54</sup>.

Pela nossa parte, seja qual for o modelo de negócio, desde que a atividade efetivamente desenvolvida convoque os princípios constitucionais vigentes, ela deverá subsumir-se no respetivo enfoque regulatório. Se, não obstante as novas tecnologias, o legislador constituinte insistir na positivação das exigências

---

<sup>52</sup>BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; p. 103.

<sup>53</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 97 e 98.

<sup>54</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 464 e 465.





expressas atinentes à não concentração dos operadores de *media*, como forma de garantir a liberdade de imprensa ou o pluralismo, então, independentemente do modelo de negócio desempenhado a título principal, ao operador da *internet*, que possa ser considerado meio de comunicação social ou que, nos termos expostos, desenvolva uma atividade que, direta ou indiretamente, incida sobre as liberdades *sub judicio*, deve ser aplicado o modelo regulatório que, nos termos constitucionais, garanta a efetividade do seu programa normativo.

Não é pelo facto de um operador exercer outras atividades, a título principal e/ou concorrencial, que se justifica a não aplicabilidade das regras específicas, de base constitucional, aplicáveis aos conteúdos, se a atividade efetivamente desenvolvida for subsumível no conceito de *media*<sup>55</sup>. Um entendimento diverso - a que pode conduzir o atual desatualizado enquadramento legal – implicaria, inadmissivelmente<sup>56</sup>:

1. Que uma atividade protegida e regulada diretamente pela Constituição ficaria dela arredada;
2. Que empresas que desenvolvem precisamente a mesma atividade – conteúdos – estão sujeitas a regras e Reguladores diferentes, sem razões substanciais que possam justificar essa discrepância.

4.3. Por exemplo, uma análise mais atenta da Lei de Imprensa, Lei da Rádio e Lei da Televisão é elucidativa da relevância da aplicabilidade direta da norma constitucional de competência da

---

<sup>55</sup> *Ibidem.*

<sup>56</sup> *Ibidem.*



ERC, como forma de garantir o cumprimento da imposição constitucional do controlo do pluralismo e dos riscos eventualmente resultantes de todas as operações de concentração que envolvam todas as empresas de *media*. A referida norma constitucional de competência constitui credencial suficiente para a atuação da ERC no sentido de submeter tais operações ao escrutínio do pluralismo, sendo os efeitos desse parecer vinculativo, no caso de ser negativo<sup>57</sup>, não obstante a inércia do legislador:

1. Resulta de interpretação literal da Lei de Imprensa<sup>58</sup> que a notificação à ERC é apenas exigível quando o adquirente é uma empresa jornalística ou noticiosa. O que excluiria esse dever, nos casos em que a operação envolve uma pessoa singular, ou uma pessoa coletiva que desempenhe qualquer outro tipo de atividade, mas que pretenda aceder ao mercado da comunicação social. Refira-se ainda que dessa notificação não resulta, contudo, o poder da ERC se pronunciar sobre a operação notificada. Acresce que, nos

---

<sup>57</sup> É, por conseguinte, jurídico-constitucionalmente irrelevante o facto de uma determinada operação não traduzir uma concentração entre dois operadores de televisão, mas sim entre um operador de telecomunicações, Internet e distribuição de televisão e rádio e um operador de televisão e rádio e produtor de conteúdos audiovisuais. Enquadre-se a operação no artigo 55.º, n.º 1 da Lei da Concorrência ou no artigo 4.º-B, n.º 2 da LTV e o artigo 4.º, n.º 2 da Lei da Rádio, os efeitos do parecer da ERC serão sempre vinculativos, sendo negativo. Um entendimento aplicável, por exemplo, à *Ccent* n.º 35/2017 – *Altice/Media Capital*, não obstante a distinção que a ERC faz questão de fazer na sua Deliberação ERC/2017/217 – Parecer sobre uma operação de concentração relativa à aquisição do controlo exclusivo do Grupo Media Capital, SGPS, S.A., pela MEO – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.A.

<sup>58</sup> Cfr. Artigo 4.º da Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro.



termos do regime jurídico da Concorrência, apenas está prevista a comunicação obrigatória à Autoridade da Concorrência, nos casos previstos no artigo 37.º, número 1, alíneas a) a c) 59, ou seja, quando o volume de negócios das empresas envolvidas seja superior a determinados montantes, significativos;

2. A Lei da Rádio<sup>60</sup>, por sua vez, prescreve limites quantitativos de licenças e serviços de programas, tal como no que sucede quanto à atividade televisiva<sup>61</sup>, pela Lei da Televisão<sup>62</sup>, sendo que o parecer prévio da ERC é vinculativo quando se

---

<sup>59</sup> a) Quando conduza à aquisição, criação ou reforço de uma quota igual ou superior a 50 por cento no mercado nacional de um determinado bem ou serviço numa parte substancial deste;

b) Em consequência da sua realização se adquira, crie ou reforce uma quota igual ou superior a 30 % e inferior a 50 % no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por pelo menos duas das empresas que participam na operação de concentração seja superior a cinco milhões de euros;

c) O conjunto das empresas que participam na concentração tenha realizado em Portugal um volume de negócios superior a 100 milhões de euros, desde que o volume de negócios realizado individualmente em Portugal por pelo menos duas dessas empresas seja superior a cinco milhões de euros.

<sup>60</sup> Cfr. Números 3, 4 e 5 do Artigo 4.º, da Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro.

<sup>61</sup> O artigo 4.º -B foi introduzido pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril.

<sup>62</sup> No que se refere à atividade televisiva - Cfr. Artigo 4.º-B da Lei n.º 27/2007, de 30 de julho.



verifique existir fundado risco para a livre expressão e confronto das diversas correntes de opinião<sup>63</sup>.

### **5.As operações de concentração de empresas de *media* de dimensão comunitária**

A argumentação expendida não surge infirmada nos casos em que o titular da competência exclusiva para a análise da operação, numa perspectiva exclusivamente concorrencial, é a Comissão Europeia<sup>64</sup>. Em tese, o confronto das operações de concentração com dimensão comunitária e o princípio constitucional do pluralismo colocar-nos-ia problemas insolúveis. Certo é que, estando em causa uma operação sujeita às regras comunitárias, a competência para a sua apreciação, numa lógica exclusivamente jusconcorrencial, pertence à Comissão<sup>65</sup>. O Regulamento garante, não obstante, competência residual dos Estados Membros para "*tomar as medidas apropriadas para garantir a proteção de interesses legítimos*", para além do interesse jusconcorrencial, incluindo nestes, expressamente, a pluralidade dos meios de comunicação social<sup>66</sup>.

Dir-se-ia que, mesmo assim, contrariamente ao que sucede noutros Estados, como por exemplo no Reino Unido, em Portugal, não existe

---

<sup>63</sup> Cfr. Artigo 4.º-B, número 3, da Lei da Televisão (LTV).

<sup>64</sup> Tal como já sustentámos - BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; pp. 446 e ss, em especial p. 454, nota 1624.

<sup>65</sup> Cfr. Regulamento (CE) n.º 139/2004.

<sup>66</sup> De acordo com o artigo 21.º, n.º 4, do Regulamento, designada Cláusula Geral dos Interesses Legítimos, os Estados-Membros "podem tomar as medidas apropriadas para garantir a proteção de interesses legítimos para além dos



nenhuma norma habilitante da intervenção do Estado português num procedimento de apreciação de concentrações, de competência da Comissão Europeia. Sendo uma operação de concentração de dimensão comunitária, não correndo o processo ao abrigo da Lei n.º 19/2012, inexistiria a obrigatoriedade de parecer prévio do regulador<sup>67</sup>. Mesmo sendo sustentável, em abstrato, que a tutela constitucional do pluralismo, através da aplicação da correspondentes normas constitucionais<sup>68</sup>, possa constituir credencial suficiente para fundar o dever de a Autoridade da Concorrência (AdC) solicitar parecer ao Regulador encarregue da defesa do pluralismo, sempre haveria o problema de conjugar, *a posteriori*, a sua pronúncia com a da Comissão Europeia, porquanto incidindo tal parecer sobre questões extraconcorrenciais, o mesmo não poderia ser tido em conta pela Comissão Europeia.

Pela nossa parte, essa questão é jurídico-constitucionalmente irrelevante, pois a análise do pluralismo deve integrar um parecer juridicamente autónomo, fundado, precisamente, numa análise substantiva distinta, o que afasta a possibilidade de decisões contraditórias. Note-se que é o próprio Direito da União Europeia que admite, expressamente, controlos adicionais e paralelos, inseridos num contexto desviante da regra do Balcão Único, pois os

---

contemplados no presente regulamento, desde que esses interesses sejam compatíveis com os princípios gerais e com as demais normas do direito comunitário. São considerados interesses legítimos na aceção do primeiro parágrafo, a segurança pública, a pluralidade dos meios de comunicação social e as regras prudenciais”.

<sup>67</sup> Cfr. Artigo 55.º/1 da Lei n.º 19/2012.

<sup>68</sup> Reclamada expressamente pela Constituição, no artigo 38.º, número 4, conferindo diretamente esse mandato a uma entidade administrativa independente, nos termos do artigo 39.º, n.º 1, alíneas b) e f), da CRP.



desígnios e correspondentes enquadramentos jurídicos, aplicáveis à análise concorrencial e do pluralismo, são muito diferentes<sup>69</sup> e devem/podem ser concretizados em separado. Nesta senda, afirma, expressamente, a Comissão Europeia que o controlo das operações de concentração, numa abordagem jusconcorrencial, concentra-se, exclusivamente, na possibilidade de a nova entidade poder beneficiar de um aumento de preços, nos mercados relevantes pré-definidos. Pelo contrário, uma análise do pluralismo mediático reflete o papel crucial que os *media* desempenham numa democracia, e preocupa-se, sobretudo, em saber se o número, tipo ou variedade de sujeitos, que controlam as empresas mediáticas, serão suficientes<sup>70</sup>, conforme resulta, aliás, de orientações elaboradas pelo OFCOM sobre o teste do interesse público a que,

---

<sup>69</sup> Cfr. Decisão da Comissão Europeia, proferida no caso No COMP/M.5932 – NewsCorp/BSkyB.

<sup>70</sup> “*Reflects the crucial role media plays in a democracy, and looks at wider concerns about whether the number, range and variety of persons with control of media enterprises will be sufficient*”. - No COMP/M.5932 – NewsCorp/BSkyB, p. 61.



no ordenamento britânico<sup>71</sup>, devem ser sujeitas as fusões que envolvem empresas de *media*<sup>72</sup>.

Em reforço da nossa tese, aqui reiterada, não é necessário, sequer, dissertar sobre o problema da sindicabilidade de normas de Regulamentos Europeus, pelo Tribunal Constitucional ou, conseqüentemente, sobre a suscetibilidade de a norma, *sub judicio*,

---

<sup>71</sup> Conforme é referido na própria Decisão da Comissão Europeia, no Reino Unido, o *Secretary of State for Business, Innovation and Skills (the "Secretary of State")* pode intervir em operações de concentração que envolvam empresas mediáticas, num contexto de interesse público, emitindo uma *"European intervention notice"*, propondo um controlo adicional de pluralismo, pelas Autoridades competentes britânicas, em conformidade com enquadramentos legais completamente separados - *Public Interest Cases, Part 3, Chapter 2, Enterprise Act 2002; Ofcom guidance for the public interest for media mergers*, Parágrafo 17; disponível online em [http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/guidance/pi\\_test.pdf](http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/guidance/pi_test.pdf); Decisão Comissão Europeia Caso No COMP/M.5932 – *NewsCorp/BSkyB.*; pp. 60 e segs.

<sup>72</sup> De acordo com as Orientações do OFCOM, *"the media plurality assessment undertaken with reference to "broadcasting and cross media public interest considerations" includes: i) the need for there to be a sufficient plurality of persons with control of the media enterprises, serving that audience in relation to every different audience in the UK, or a particular area/locality of the UK; ii) the need for the availability, throughout the UK, of a wide range of broadcasting, which (taken as a whole) is both of high quality and calculated to appeal to a wide variety of tastes and interests; iii) the need for persons, carrying on media enterprises and for those with control of such enterprises, to have a genuine commitment, in relation to broadcasting, to the attainment of the standard objectives set out in Section 319 of the Communications Act 2003 (for example: due impartiality of news, taste and decency). - "Ofcom guidance for the public interest for media mergers"* Parágrafo 17; disponível online em [http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/guidance/pi\\_test.pdf](http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/guidance/pi_test.pdf)



ser ou não inconstitucional<sup>73</sup>. É flagrante e notória a relação de complementaridade estabelecida entre o regime vertido no Regulamento e as regras concretizativas, no caso do ordenamento jurídico-constitucional português, do princípio constitucional do pluralismo. Cabe notar que o pluralismo dos meios de comunicação social é um dos interesses públicos que, *ex professo*, o Regulamento tipifica como interesse legítimo, suscetível de ser invocado pelos Estados Membros. Trata-se de uma fórmula que não se sobrepõe, e bem, às ponderações inerentes a cada ordenamento jurídico-constitucional.

Em nosso entendimento, uma interpretação do artigo 21.º, n.º 4, do Regulamento Europeu, em sentido divergente, torná-lo-ia flagrantemente inconstitucional, desde logo se sujeitássemos o pluralismo ao escrutínio reclamado pelos interesses públicos não tipificados no Regulamento, cenário que, insiste-se, não nos parece jurídico-constitucionalmente sustentável. Caso se entenda que o pluralismo mediático é um dos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, referidos no artigo 8.º, n.º 4, última parte, da CRP, a que as normas de direito da União Europeia devem respeito, tal interpretação claudicaria perante as nossas exigências constitucionais. Acresce, num plano *de jure constituendo*, o peso da consideração do pluralismo mediático na garantia do pluralismo de expressão, cuja remoção por revisão constitucional atingiria

---

<sup>73</sup> BLANCO DE MORAIS, Carlos (2011) *Justiça Constitucional, Tomo II*, 2.ª Edição, Coimbra Editora: Coimbra; pp. 635-697.





significativamente a cláusula expressa de limites de revisão constitucional.

Insista-se, porém, que é no plano *de jure condito* que a questão é e deve ser resolvida. Atenta a relação de complementaridade vertida no próprio Regulamento Europeu, perante as ponderações inerentes aos vários ordenamentos jurídico-constitucionais, os efeitos para o pluralismo de uma operação de concentração no setor do *media* deverão sempre ser sujeitos a exame efetivo, independentemente do escrutínio jusconcorrencial, nos casos em que a operação assuma dimensão comunitária. Cabe acrescentar que o próprio Regulamento apenas veda, literalmente, no seu artigo 21.º, n.º 3, a aplicação da legislação nacional sobre a concorrência. Ora, a análise do pluralismo beneficia de regras próprias, no ordenamento jurídico-constitucional português, nos termos já estudados, as quais devem, em nosso entender, ser aplicáveis autonomamente, mesmo nos casos em que a análise concorrencial é feita pela CE e não pela AdC<sup>74</sup>. Ademais, em última instância, seriam as operações de concentração mais relevantes e, por isso, potencialmente mais lesivas para o pluralismo, precisamente pela

---

<sup>74</sup> O que, incompreensivelmente, não sucedeu com a Operação de aquisição da PT pela ALTICE, já em meados de 2015, tendo sido concretizado o negócio, sem que a ERC tenha emitido o devido parecer, à revelia da tutela constitucional do pluralismo, conforme já sustentámos – BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; p. 454, nota 1624.



dimensão que lhes garante escrutínio concorrencial comunitário, que escapariam a esse controlo, em fraude à Constituição e à lei.

Em suma, cabe concluir:

- Afigura-se-nos incontornável que, pelo menos enquanto o princípio do pluralismo mediático merecer a atual dignidade constitucional, é possível defender um dever de a Autoridade da Concorrência solicitar ao regulador sectorial competente a emissão de parecer, posição que se insere plenamente numa perspetiva de *jure condito*<sup>75</sup>;
- Em qualquer caso, o artigo 39.º, número 1, alínea b), da CRP constitui, incontestavelmente, pelas razões expostas, a norma de competência da ERC para proceder ao escrutínio de todas as operações de concentração que envolvam todas as empresas do sector. Em nosso entendimento, esse dever de atuação da ERC impõe-se, independentemente da

---

<sup>75</sup> Para além dos artigos 38.º, n.º 4, e 39.º, n.º 1, alíneas b) e g), da CRP, cabe, por exemplo, propor uma interpretação conjugada da al. h) do artigo 5.º (atribuições da AdC) dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18.8, (segundo a qual compete a esta autoridade "exercer todas as competências que o direito da União Europeia confira às autoridades nacionais de concorrência no domínio das regras de concorrência aplicáveis às empresas") com o n.º 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 139/2004. Uma vez que esta última norma permite às autoridades nacionais competentes que se pronunciem em todas as fases do processo, faria sentido que, sendo a notificação comunicada à AdC ao abrigo do n.º 1 do artigo 19.º do Regulamento n.º 139/2004, fosse esta entidade a solicitar o parecer ao abrigo dos deveres gerais de cooperação (artigo 9.º/2 dos Estatutos da AdC e Lei-quadro das entidades reguladoras).



Autoridade da Concorrência, pois a sua preterição ferirá de invalidade o ato conclusivo do procedimento.

## **6. Tutela constitucional do pluralismo e regulação: impactos constitucionais na interpretação das normas regulatórias**

Da afirmação de que a ERC dispõe de um poder/dever de proceder à avaliação dos riscos para o pluralismo de todas as operações de concentração do sector, independentemente das soluções positivadas na atual legislação ordinária, decorrem os corolários já enunciados e que agora retomamos:

1. Nenhuma operação de concentração de empresas mediáticas pode ser autorizada sem que a ERC tenha cumprido a exigência constitucional de avaliação dos respetivos riscos para o pluralismo, através da emissão do respetivo parecer;
2. Nenhuma operação de concentração de empresas do setor pode avançar contra uma avaliação da ERC no sentido da existência de riscos importantes para o pluralismo mediático, conforme sustentámos.

Neste contexto, a interpretação das normas procedimentais ganha relevo jusfundamental, atenta a suscetibilidade de imputação de um vício material invalidante, perante uma eventual obstrução à tutela constitucional do pluralismo<sup>76</sup>. Ou seja, tais normas serão, seguramente, inconstitucionais caso sejam interpretadas no

---

<sup>76</sup> BRÍZIDA CASTRO, Raquel Alexandra (2016) *Constituição, Lei e Regulação dos Media*, Almedina: Coimbra; p. 450.



sentido de legitimar uma decisão do Regulador competente em matéria jusconcorrencial, sem que este tenha em sua posse um parecer exposto e claro da ERC sobre o nível de risco que uma determinada operação de concentração poderá representar para o sector mediático<sup>77</sup>. A assunção desta premissa é preclusiva de um entendimento que reduza a emissão de parecer em matéria de pluralismo pela ERC ao cumprimento de uma mera formalidade. A tutela constitucional do pluralismo converte o referido parecer num elemento essencial do ato conclusivo do procedimento, a cargo da Autoridade da Concorrência e impõe-lhe, cumulativamente, requisitos essenciais mais gravosos.

Em conformidade, considerando o lugar constitucional do pluralismo, o estatuto constitucional da ERC e a imposição constitucional da aplicabilidade direta da reserva constitucional de administração independente em matéria de regulação da comunicação social, as normas da LdC terão de ser interpretadas em conformidade com a Constituição no sentido de conferirem a flexibilidade que for necessária para garantir:

1. O cumprimento pela ERC da exigência constitucional de ponderação de direitos, liberdades e garantias envolvidas, através de uma decisão expressa, clara e inequívoca sobre a

---

<sup>77</sup> *Idem.*



relevância dos riscos que uma determinada operação de concentração eventualmente importa para o sector;

2. O sentido útil de um parecer, eventualmente, emitido extemporaneamente.

As normas da LdC são inconstitucionais se forem interpretadas no sentido em que a AdC pode decidir um pedido de apreciação de uma operação de concentração de empresas mediáticas sem que a ERC tenha emitido o respetivo parecer<sup>78</sup>, ou “*se tenha pronunciado quanto à oportunidade do mesmo*”, em coerência com a formulação aduzida pela própria AdC<sup>79</sup> junto do Tribunal da Concorrência<sup>80</sup>.

Por conseguinte, parece-nos seguro que, no presente domínio material, apenas em casos marginais e claramente patológicos será admissível um deferimento tácito de uma operação de concentração:

- A tutela constitucional do pluralismo obsta à aplicabilidade dos efeitos do artigo 50.º, n.º 4, da LdC, uma vez que a produção fictícia dos efeitos jurídicos, *ope legis*, cominados no sobredito preceito legal colide com a imposição

---

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Sentença do Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação de 28.01.2015, proferida no Processo: 7/13.8YQSTR, em que as Autoras eram Autoras, CONTROLINVEST MEDIA, SGPS, S.A.; anteriormente designada SPORTINVEST, SGPS, S.A.; ZON OPTIMUS, SGPS, S.A. e a PORTUGAL TELECOM, SGPS, S.A. e a ré a Autoridade da Concorrência, pp. 5 e 6.

<sup>80</sup> A propósito das normas dos artigos 55.º, n.º 1, 2, 3 e 4, em conjugação com o art.º. 50.º, n.º4, da LdC.



constitucional de uma ponderação efetiva dos riscos para o pluralismo;

- De acordo com este preceito, a ausência de decisão nesse sobredito prazo razoável vale como decisão de não oposição à concentração de empresas, o que, a nosso ver, contraria flagrantemente a imposição constitucional de ponderação com vista à avaliação dos riscos para o pluralismo;
- Em reforço do nosso entendimento, refira-se a posição sustentada pela própria AdC junto do Tribunal da Concorrência: perante a eventual emissão extemporânea de parecer negativo, uma decisão de não oposição tácita a uma operação de concentração sempre será, em última instância, um ato inválido e revogável, por contrariar o parecer vinculativo da ERC<sup>81</sup>;
- Um entendimento que, aliado à argumentação expendida, conduz, inelutavelmente, à rejeição da aplicabilidade supletiva dos efeitos cominados pelo número 6, do artigo

---

<sup>81</sup> Sentença do Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação de 28.01.2015, proferida no Processo: 7/13.8YQSTR, p. 6. - Neste conspecto, *in casu*, a decisão da AdC de passagem para a fase de investigação aprofundada teria revogado o alegado ato de deferimento tácito, caso vingasse tal entendimento. Esta foi a argumentação defendida, no processo *sub judicio*, pela AdC: “A vingar o entendimento de que a não oposição tácita prevista na LdC é um ato administrativo, (...) o mesmo se encontraria ferido de ilegalidade material, por violação da tutela constitucional do pluralismo, atendendo a que o parecer da ERC, sendo negativo e, como tal, tendo carácter vinculativo para a decisão final da AdC, obrigaria a uma decisão de proibição da AdC à operação de concentração tal como notificada.” – Sentença do TCRS de 28.01.2015.



92.º, do novo Código de Procedimento Administrativo (CPA), conforme veremos de seguida.

## **7. Prevalência da substância sobre a forma: em especial, o problema do prazo para a ERC se pronunciar**

Neste contexto, assume particular relevância a questão do prazo conferido pela AdC à ERC para a emissão de parecer. Na senda do entendimento sufragado pela jurisprudência, é a *"vinculatividade potencial do parecer"* que *"confere o efeito suspensivo ao prazo de decisão da AdC, enquanto decorre o prazo atribuído ao Regulador Setorial, pois "a AdC não saberá se o parecer é negativo e, portanto, vinculativo, antes de o mesmo ser recebido"*<sup>82</sup>. A suspensão inicia-se no primeiro dia útil seguinte ao do envio do pedido de parecer e termina no dia da sua receção pela AdC, ou findo o prazo definido pela AdC<sup>83</sup>. Não tendo sido emitido parecer vinculativo, a AdC pode tomar uma decisão que ponha fim ao procedimento de instrução<sup>84</sup>. Situação distinta, que analisaremos de seguida, é a da não emissão de parecer pela ERC ou a da emissão de parecer cujo sentido não seja claro e expresso. Em ambos os casos, impõem-se soluções interpretativas conformes à tutela constitucional do pluralismo.

A lei estabelece um critério de razoabilidade quanto à gestão do prazo conferido à entidade reguladora sectorial competente, uma

---

<sup>82</sup> Sentença do Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação de 28.01.2015, proferida no Processo: 7/13.8YQSTR, p. 31.

<sup>83</sup> Cfr. Artigo 55.º, n.º 3, da LdC.

<sup>84</sup> Cfr. Artigo 55.º, n.º 4, da LdC.



fórmula que, para a jurisprudência, afasta qualquer limite temporal específico, mesmo supletivo<sup>85</sup>. O Tribunal da Concorrência realça, bem a nosso ver, que é preciso ter em consideração a atividade que a ERC poderá ter de desenvolver para emitir um parecer que, sendo negativo, *“irá conduzir a uma decisão que a AdC, sem esse parecer, apenas estaria habilitada a proferir após uma investigação aprofundada, sujeita a um prazo máximo de 90 dias úteis. – Artigo 52.º, n.º 1 da LdC”*. Note-se que o próprio CPA<sup>86</sup>, permite que o responsável pela direção do procedimento fixe, fundamentadamente, prazo diferente do supletivo. Não obstante, a mesma tutela constitucional do pluralismo rejeita a aplicação supletiva do novo n.º 6 do mesmo preceito legal do CPA, porquanto o mesmo poderia ser interpretado, erroneamente, como uma autorização de renúncia da ERC à competência que lhe é atribuída expressamente pela Constituição.

Por conseguinte, consideramos que, ao invés da interpretação que resulta do novo preceito, aplicável aos restantes casos de pareceres obrigatórios e vinculativos<sup>87</sup>, uma interpelação ou segunda oportunidade de emissão de parecer, esgotado o prazo inicial, não tem a virtualidade, por si só, de recuperar a validade do ato conclusivo que vier a ser praticado, na ausência de um controlo efetivo dos riscos para o pluralismo. Não se trata, a nosso ver, de uma premissa contraditória com uma interpretação que vise

---

<sup>85</sup> Sentença do Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação de 28.01.2015, proferida no Processo: 7/13.8YQSTR, p. 32.

<sup>86</sup> Cfr. Artigo 92.º, n.º 3, do CPA.

<sup>87</sup> *Questões fundamentais para a Aplicação do CPA* (2016) Coord. Alexandre Sousa Pinheiro, Tiago Serrão, Marco Caldeira e José Duarte Coimbra; Almedina. Coimbra; pp. 173-175.





garantir o sobredito parecer. Ao invés, constitui um corolário substancial da solidez da garantia constitucional do pluralismo, realçando o papel irrenunciável de guardião do mesmo atribuído *ope constitutionis* à ERC. Um entendimento diferente poderia, em última instância, conferir ao Regulador dos *Media* o poder de, em flagrante desvio de poder, viabilizar operações de concentração, gritantemente nefastas para o pluralismo mediático, através da simples manipulação das normas procedimentais. Em caso de emissão extemporânea do parecer, ele não deixa de revestir natureza vinculativa, sendo negativo, pois não estamos perante uma faculdade de pronúncia prévia mas sim um dever constitucional expresso. Sem prescindir, nada obsta, naturalmente, ao recurso à referida interpelação, fundada no critério de razoabilidade do prazo e dos seus efeitos, assumindo a flexibilidade resultante do *supra* referido entendimento jurisprudencial.

Resulta da aplicabilidade direta da garantia constitucional do pluralismo a necessidade de flexibilização do conceito de prazo razoável para efeitos de emissão do respetivo parecer, atenta a sua relevância constitucional e correspondente vinculatividade, a complexidade da operação e os meios que o Regulador competente tem efetivamente ao seu dispor. Na senda do entendimento expresso pelo Tribunal da Concorrência, “*a habilitação legal da AdC, para interferir no prazo a que alude o art. 55.º, n.º 1 e 2, da LdC, vai até onde essa razoabilidade permitir, acolhendo todas as extensões temporais que ainda possam ser reconduzidas ao conceito de prazo razoável.*”<sup>88</sup>. Em conformidade, esse critério, vertido no artigo 55.º,

---

<sup>88</sup> Sentença do Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação de 28.01.2015, proferida no Processo: 7/13.8YQSTR; p. 34.



n.º 1 da LdC, é aplicável na fixação inicial do prazo, respetiva modificação, eventualmente com efeitos retroativos (excluída que está, em concreto, a impossibilidade do ato e eventual fraude à lei)<sup>89</sup>, sendo relevante, para a sua aferição em concreto, a natureza do ato e os ónus de alegação e de prova associados<sup>90</sup>, bem como o tipo de processo em causa.

Sem prejuízo da norma constitucional de competência da ERC, e corresponsável dever de iniciativa procedimental no presente âmbito material, a argumentação exposta assume particular relevância e legitima uma atuação mais assertiva e vigilante da AdC, no sentido de evitar que os constrangimentos procedimentais, eventualmente decorrentes da aplicação das normas dos artigos referidos da AdC, impeçam ou obstaculizem a emissão de um parecer que corresponda aos requisitos constitucionais enunciados, ou seja, que expresse um sentido claro sobre a avaliação que a ERC faz dos riscos que uma determinada operação importa para o pluralismo. A falta desse parecer ou de um parecer que, nos termos expostos, respeite o dever constitucional de ponderação atribuído expressamente à

---

<sup>89</sup> O Tribunal concluiu que a solução adotada, no caso *sub judicio*, pela AdC, também é de molde a incluir-se no quadro legal supra traçado, porquanto ainda que a extensão de prazo concedida à ERC tenha sido pedida e concedida após o termo do prazo inicial, a AdC fez coincidir o seu início com o fim do primeiro prazo, criando dessa forma um período temporal sem hiatos. Note-se que a ERC solicitou, dois dias após o termo do primeiro prazo, fixado pela AdC, um novo prazo suplementar. - Sentença do Tribunal da Concorrência, Supervisão e Regulação de 28.01.2015, proferida no Processo: 7/13.8YQSTR; p. 34.

<sup>90</sup> O Tribunal concluiu, no processo em análise, que “*não se formou um ato de deferimento tácito da operação de concentração, único fundamento invocado pela arguida para sustentar a nulidade dos demais atos praticados*”.



ERC, contamina fatalmente de invalidade qualquer ato conclusivo do procedimento<sup>91</sup>.

Não preenche, por exemplo, os requisitos constitucionais enumerados, uma mera informação administrativa que se limite a elencar os potenciais efeitos, em conformidade com um juízo de prognose, de uma operação de concentração de empresas do sector da comunicação social. Em nosso entendimento, são aplicáveis, até por um argumento de maioria de razão, os requisitos dos pareceres definidos pelo CPA: devem<sup>92</sup>, *“ser sempre fundamentados e concluir de modo expresso e claro sobre todas as questões indicadas na consulta*. Admitir-se um parecer, obrigatório e vinculativo com relevância constitucional, amputado da sua dimensão conclusiva<sup>93</sup>, omitindo uma avaliação clara da relevância

---

<sup>91</sup> Em nosso entendimento, não preenche os requisitos constitucionais de um parecer da ERC, nos termos sustentados, uma autodesignada “deliberação” que conclua que a operação *“não permite antever benefícios em prol do pluralismo no sistema mediático português”*. (*Deliberação ERC/2017/217 – Parecer sobre uma operação de concentração relativa à aquisição do controlo exclusivo do Grupo Media Capital, SGPS, S.A., pela MEO – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.A.*). Este alegado parecer viola flagrantemente o dever constitucional da ERC de assegurar *“a não concentração da titularidade dos meios de comunicação social”* e *“a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião”* – artigos 39.º, n.º 1, alíneas b) e f), da CRP. Efetivamente compete à ERC fazer uma avaliação dos riscos para o pluralismo de uma operação de concentração e não dos benefícios.

<sup>92</sup> Cfr. Artigo 92.º, número 1, do CPA.

<sup>93</sup> É o caso da Deliberação ERC/2017/217 – Parecer sobre uma operação de concentração relativa à aquisição do controlo exclusivo do Grupo Media Capital, SGPS, S.A., pela MEO – Serviços de Telecomunicações e Multimédia, S.A.. Nesta deliberação, o Conselho Regulador limitou-se a concluir que *“não tem um entendimento unânime sobre os riscos aqui sistematizados para o pluralismo do*



ou gravidade dos riscos para o pluralismo de uma determinada operação de concentração constituiria uma fraude à lei e, sobretudo, à Constituição:

- O Regulador da Comunicação Social abdicaria, implicitamente, de um poder/dever conferido *ope constitutionis*, viciando, através de uma conduta ilegítima e desviante, todo o procedimento;
- Em acréscimo, estaria, indiretamente, a remeter para o juízo da AdC a análise de dimensões jurídicas da operação de

---

setor da comunicação social em Portugal. Na avaliação desses riscos, os três membros do Conselho Regulador não obtiveram um consenso sobre o sentido da pronúncia da ERC relativamente ao projeto de aquisição”. Ou seja, não é possível sustentar-se, em termos jurídico-administrativos, que estejamos na presença de um parecer, em sentido próprio, atenta a ausência da ponderação e respetiva avaliação, exigidas constitucionalmente. A presente constatação torna, de resto, juridicamente inútil, a nosso ver, uma interpretação do artigo 29.º, número 2, dos Estatutos da ERC conforme à Constituição, no sentido de validar um parecer adotado por maioria, rejeitando, com fundamento no princípio maioritário, uma interpretação da sobredita norma conducente à exigência de unanimidade. Em conformidade com o referido preceito legal, atentas as circunstâncias de facto em que o Conselho Regulador se encontrava no momento da votação da alegada deliberação – apenas três membros em efetividade de funções –, a falta de unanimidade dos três membros do Conselho Regulador gera a nulidade do ato, aparentemente, adotado (artigo 161.º, n.º2, alínea h), do CPA). Em suma, mesmo que: i) fosse juridicamente admissível a tese de que o parecer da ERC não carece dos votos favoráveis dos 3 membros em efetividade de funções; ii) que fosse possível, de facto e de jure, apurar o sentido de voto dos conselheiros a partir das declarações de voto; a verdade é que a deliberação que foi adotada pela ERC em 17 de outubro de 2017 não constitui um parecer e, muito menos, o parecer exigido constitucionalmente.



concentração, para as quais o Regulador da Concorrência é absolutamente incompetente<sup>94</sup>.

Cumprido realçar, por último, que uma interpretação da AdC (ou mesmo da ERC) contrária, conducente a uma leitura formalista das sobreditas normas procedimentais, legitimadora do acolhimento de um parecer que não seja nem expresso nem claro (no sentido de exprimir uma avaliação sobre os riscos para o pluralismo), totalmente à revelia da respetiva tutela constitucional e da orientação jurisprudencial dominante, fragilizará, desnecessária e irreversivelmente, qualquer decisão final. Neste conspecto, avulta o risco de desaplicação das mesmas normas por um tribunal com fundamento em inconstitucionalidade<sup>95</sup>, eventualmente sindicadas em fiscalização difusa da constitucionalidade, ou, ao invés, da respetiva aplicação contra a suscitação prévia da questão de

---

<sup>94</sup> O que, no caso referido na nota anterior, torna estéril e juridicamente irrelevante a informação transmitida na “deliberação” controvertida da ERC, bem como a controvérsia sobre em que medida pode ser considerada no procedimento. Por duas razões: i) A AdC é absolutamente incompetente em matéria de pluralismo, sendo a competência da ERC irrenunciável; ii) O controlo a efetuar pela AdC incide sobre questões jusconcorrenciais, o que é distinto, como vimos, do escrutínio do pluralismo.

<sup>95</sup> Trata-se do Recurso de 1.º Tipo – Cfr. Artigo 280.º, n.º1, alínea a) da CRP e artigo 70.º, n.º 1, alínea a) da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional – Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/85, de 26 de novembro, pela Lei n.º 85/89, de 7 de setembro, pela Lei n.º 88/95, de 1 de setembro, pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de fevereiro, e pelas Leis Orgânicas n.ºs 1/2011, de 30 de novembro, 5/2015, de 10 de abril e 11/2015 de 28 de agosto (LTC).



inconstitucionalidade pelas partes<sup>96</sup>, afetando decisivamente a segurança jurídica.

## 8. Conclusões

I.A propósito do breve excurso teórico sobre os controlos da eficiência económica e do pluralismo das operações de concentração que envolvem empresas mediáticas, os conceitos de pluralismo e de concorrência não são coincidentes. Ambos visam salvaguardar o interesse público, mas para efeitos de pluralismo, ele identifica-se com o benefício coletivo que resultará de um debate público informado sobre questões cívicas. Ao invés do pluralismo, para as regras da concorrência, certos níveis de concentração podem ser permitidos, nomeadamente a existência de empresas em posição dominante, desde que não haja abusos do mercado.

II. No que se refere às dimensões garantísticas da propriedade dos *media* no ordenamento jurídico-constitucional português:

1. A propriedade dos *media* está sujeita a critérios específicos de intervenção do Estado, em conformidade com uma dimensão garantística que excede em larga escala a mera defesa da concorrência;
2. A obrigação estadual de assegurar “níveis adequados de pluralismo mediático” configura um mandato constitucional concreto, cujo destinatário é, em primeira linha, o legislador.

---

<sup>96</sup> Recurso de 2.º tipo – Cfr. Artigos 280.º, n.º 1, alínea b), da CRP e artigo 70.º, n.1, alínea b) da LTC.



Não obstante, o legislador não dotou, até agora, a ordem jurídica infraconstitucional de todos os instrumentos jurídicos indispensáveis ao cumprimento das imposições e vinculações constitucionais do pluralismo;

3. A ERC é um Regulador Constitucionalmente Reforçado, cujo Estatuto contempla a já reconhecida dupla natureza de Regulação dos *Media*: a ERC é muito mais que uma mera entidade Reguladora de setores económicos, sendo também uma entidade de defesa de direitos fundamentais. O alcance jurídico-constitucional do potencial espaço de atuação da ERC terá de ter em consideração a concessão direta *ope constitutionis* a essa autoridade regulatória, com a natureza de autoridade administrativa independente, de atribuições constitucionais expressas de defesa dos direitos, liberdades e garantias;
4. As matérias elencadas no artigo 39.º, número 1, da CRP delimitam uma reserva constitucional material de administração independente, cabendo ao Regulador, no campo da sua intervenção concreta e pontual, assegurar o seu cumprimento, nos termos exigidos constitucionalmente. O Regulador dos *media* deve, perante omissões legislativas ou regulamentares, poder atuar com fundamento direto nas normas constitucionais;
5. Essa reserva constitucional surge delineada pelas conexões necessárias, estabelecidas pelo legislador constituinte, entre a reserva material que desenha no artigo 39.º da CRP e uma reserva constitucional de administração independente, que resulta do mesmo preceito



constitucional e se traduz, no plano do direito constituído, num estatuto peculiar e inédito da Entidade Reguladora para a Comunicação Social;

6. A análise dos riscos para o pluralismo de uma operação de concentração de empresas mediáticas integra uma reserva absoluta de atuação administrativa da ERC. Essa atribuição constitucional expressa configura um poder/dever de controlo do pluralismo em operações de concentração de empresas do sector:

- Nenhuma operação de concentração de empresas mediáticas pode ser autorizada sem que a ERC tenha cumprido a exigência constitucional de avaliação dos respetivos riscos para o pluralismo, através da emissão do respetivo parecer;
- Nenhuma operação de concentração de empresas do setor pode avançar contra uma avaliação da ERC no sentido da existência de riscos importantes para o pluralismo mediático; O que converte qualquer avaliação no sentido da existência de riscos importantes para o pluralismo num verdadeiro e efetivo poder de impedimento de concretização da operação de concentração. O entendimento oposto esvaziaria o conteúdo essencial da garantia constitucional.

III. A propósito das projeções infraconstitucionais da garantia constitucional do Pluralismo, designadamente quanto à Constituição como norma de competência, a competência atribuída expressamente à entidade administrativa independente ERC,





através do artigo 39.º, n.º1, alíneas b) e f), da CRP, também goza de aplicabilidade direta:

1. O que impõe a sujeição de todas as operações de concentração que envolvem empresas mediáticas, independentemente do tipo de *media* ou da tecnologia, ao escrutínio do pluralismo. Não obstante a omissão, total ou parcial, do legislador ordinário, traduzida na ausência de norma legal expressa de competência da ERC para proceder ao sobredito controlo, ou atinente ao efeito vinculativo do respetivo parecer, quando importe riscos relevantes para o pluralismo;
2. Seja qual for o modelo de negócio, desde que a atividade efetivamente desenvolvida convoque os princípios constitucionais vigentes, ela deverá subsumir-se no respetivo enfoque regulatório. Essencial é o exercício de uma atividade que, direta ou indiretamente, incida sobre as liberdades *sub judicio*, ou seja sobre conteúdos;
3. Mesmo nos casos em que o titular da competência exclusiva para a análise da operação, numa perspetiva exclusivamente concorrencial, é a Comissão Europeia, a análise do pluralismo deve integrar um parecer juridicamente autónomo, fundado, precisamente, numa análise substantiva distinta, o que afasta a possibilidade de decisões contraditórias.

IV. Por último, no que se refere aos impactos constitucionais na interpretação das normas regulatórias da tutela Constitucional do Pluralismo, serão inconstitucionais as normas da LdC ou dos Estatutos da ERC, se forem interpretadas no sentido de legitimar



uma decisão do Regulador competente em matéria jusconcorrencial, sem que este tenha na sua posse um parecer expresso e claro da ERC sobre o nível de risco que uma determinada operação de concentração poderá representar para o sector mediático. A assunção desta premissa é preclusiva de um entendimento que reduza a emissão de parecer em matéria de pluralismo pela ERC ao cumprimento de uma mera formalidade. A tutela constitucional do pluralismo converte o referido parecer num elemento essencial do ato conclusivo do procedimento, a cargo da Autoridade da Concorrência e impõe-lhe, cumulativamente, requisitos essenciais mais gravosos. A falta de parecer expresso com um sentido claro sobre a avaliação que a ERC faz dos riscos que uma determinada operação importa para o pluralismo, em violação do dever constitucional de ponderação atribuído *ope constitutionis* à ERC, contamina, fatalmente, de invalidade qualquer ato conclusivo do procedimento.

Raquel Brízida Castro