

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Projecto de Deliberação para efeitos de audiência prévia de interessados (artigos 100º e seguintes do Código do Procedimento Administrativo)

Assunto: Apreciação de requerimento apresentado pela PT Comunicações, S.A., solicitando a revogação do título habilitador de operador de distribuição que lhe foi atribuído no âmbito do concurso público aberto pela Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro (rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 8-A/2008, de 26 de Fevereiro)

I. O objecto da pretensão formalizada pela PT Comunicações

1. Em 17 de Dezembro de 2009, deu entrada nos serviços da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social (doravante, ERC) uma missiva subscrita pela Administração da PT Comunicações, S.A. (doravante, PTC), requerendo a revogação do título habilitante de operador de distribuição que lhe foi atribuído por esta entidade no âmbito do concurso público aberto pela Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro (rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 8-A/2008, de 26 de Fevereiro).

2. A título complementar, requereu ainda a PTC que a revogação da licença não implicasse a perda da caução prestada no âmbito do dito concurso, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 5.º, 15.º, n.ºs 4 e 5, 16.º, e 17.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento do Concurso Público em causa (doravante, RCP), aprovado pela Portaria acima referida.

3. A PTC informa de igual modo ter dirigido ao ICP-ANACOM «*requerimento equivalente*», relativamente aos títulos habilitantes para a prestação do serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre, a que estão associados os Multiplexers B, C, D,

E e F e, consequentemente, aos direitos de utilização de frequências associados aos referidos Multiplexers e atribuídos pelo ICP-ANACOM.

4. A similitude e simultaneidade dos requerimentos apresentados radicaria na circunstância de estes se referirem a títulos habilitadores objecto de necessária atribuição num mesmo concurso público, a uma única entidade, por parte de autoridades reguladoras distintas: cfr., a propósito, os artigos 1.º, n.º 2, e 17.º, n.ºs 1 e 2, do RCP.

II. Processo informal de consultas recíprocas entre reguladores

5. Em resultado do que antecede, ICP-ANACOM e ERC deram início a um processo de consultas recíprocas, atinentes à matéria em causa, ao abrigo das relações de cooperação previstas nos Estatutos de cada uma destas entidades reguladoras.

5.1. Em 20 de Janeiro de 2010, deu entrada na ERC um pedido de comentários, com natureza urgente, a um projecto de decisão aprovado nessa mesma data pelo Conselho de Administração do ICP-ANACOM, relativo à revogação dos direitos de utilização de frequências associados aos *multiplexers* B a F.

5.2. Nessa mesma data (20 de Janeiro de 2010), foi aprovado em reunião do Conselho Regulador da ERC um projecto de deliberação, de carácter confidencial, relativo ao pedido da PTC sobre a revogação da licença de operador de distribuição para os *multiplexers* B a F. Esse mesmo projecto de deliberação foi transmitido no dia seguinte (21 de Janeiro) ao Conselho de Administração do ICP-ANACOM.

5.3. Por ofício entregue por via protocolar em 27 de Janeiro, comunicou a ERC ao ICP-ANACOM o seu entendimento circunstanciado a respeito da solicitação identificada no ponto 5.1., *supra*.

5.4. Por sua vez, por ofício datado de 29 de Janeiro e entregue na ERC nessa mesma data, deu o ICP-ANACOM a conhecer a esta Entidade a sua posição relativa ao seu documento identificado no ponto 5.2., *supra*.

Considerou o regulador das comunicações electrónicas ser *«prescindível, nesta oportunidade, abordar exhaustivamente os pontos referidos na draft de deliberação da ERC»*, uma vez que a avaliação e o entendimento perfilhado pelo ICP-ANACOM sobre as diversas questões em causa já estariam reflectidos no seu projecto de decisão de 20 de Janeiro.

O ICP-ANACOM, nessa apreciação, (i) constata a existência de *«aspectos não coincidentes nas análises empreendidas pelas duas Autoridades»*, (ii) regista o entendimento pela ERC conferido quanto ao valor e qualificação jurídica atribuídos ao requerimento da PTC, e (iii) afirma que *«o draft da deliberação do Conselho Regulador que nos foi remetido não detalha a avaliação do interesse público, posto em causa do ponto de vista das atribuições da ERC»*.

5.5. Na mesma data (29 de Janeiro) em que deu a conhecer à ERC a sua posição, o ICP-ANACOM remeteu à PTC a versão definitiva do seu projecto de decisão sobre a matéria em apreço, para efeitos de audiência prévia de interessados (artigos 100.º e 101.º do CPA), submetendo-o de igual modo ao procedimento geral de consulta a que se refere o artigo 8.º da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro.

Nos considerandos relativos à parte decisória do dito documento (“n.º 4. Deliberação”) é afirmado, na sua alínea o), que *«[o]uvida a ERC foi a sua posição ponderada no âmbito do presente processo»*.

6. A respeito do alcance, sentido e oportunidade de tal auscultação, entende o Conselho Regulador por bem esclarecer o seguinte:

– O presente projecto de deliberação ora endereçado ao operador PT Comunicações, SA, para efeitos do disposto nos artigos 100.º e seguintes do CPA, assenta, na sua essencialidade, no documento em devido tempo remetido ao ICP-ANACOM nos termos e para os efeitos já referidos (*supra*, 5.2.), acolhendo ainda considerações complementares entretanto produzidas em resultado da apreciação solicitada ao projecto de decisão do regulador das comunicações electrónicas (*supra*, 5.1. e 5.3.), mas que em nada se desviam da sua posição de princípio;

– A posição da ERC e a respectiva fundamentação foram comunicadas ao ICP-ANACOM no âmbito do referido processo recíproco de consultas, e em momento portanto anterior à abertura do procedimento geral de consulta por este regulador iniciado e à comunicação simultânea do seu projecto de decisão para efeitos de audiência prévia da PTC.

III. Síntese dos argumentos apresentados pela PTC com vista a fundamentar o seu pedido de revogação da licença de operador de distribuição

7. Em apoio da sua pretensão de *«não dar continuidade ao projecto de prestação de serviços de radiodifusão televisiva digital terrestre, a que está associado o referido título habilitante [de operador de distribuição]»*, afirma a PTC *«parece[r-lhe] inegável ter ocorrido uma série de circunstâncias, alheias a qualquer das partes e não previstas ou contempladas na proposta que a PT Comunicações apresentou a concurso, que alteram ou condicionam drasticamente as condições então apresentadas, bem como o desenvolvimento do respectivo projecto, e que não podem por isso deixar de ser consideradas e atendidas»*.

8. Tais circunstâncias ou fundamentos seriam, na perspectiva da PTC, e em síntese, os seguintes:

(i) a antecipação, pela PTC, dos investimentos e do cumprimento dos objectivos inscritos na licença do Mux A, a par de um alegado impedimento, durante um considerável período de tempo, de iniciar o desenvolvimento da rede relativa aos Muxes B a F, com perda de sinergias inerentes, atenta a «elevada probabilidade» de as respectivas licenças não poderem ser emitidas num futuro próximo em virtude do contencioso judicial desencadeado pela Airplus enquanto candidato preterido na atribuição das ditas licenças;

(ii) os desenvolvimentos entretanto ocorridos no mercado da televisão por subscrição e tidos por decisivamente comprometedores das possibilidades de sucesso e viabilidade comercial do projecto de TDT *Pay-TV*;

(iii) a crise económica e financeira que deflagrou em momento posterior à apresentação da proposta da PTC e que, em boa medida, colocaria em causa muitos dos pressupostos em que tal proposta assentou; e

(iv) a maior capacidade de transmissão para emissões em alta definição, no Mux A, que o cancelamento do projecto de TDT por subscrição permitiria.

É possível inferir ainda, a partir da informação veiculada pelo ICP-ANACOM, que a PTC aduziu junto deste regulador um argumento adicional, a propósito da *«alocação harmonizada da faixa dos 800 MHz»*, objecto de uma recente Recomendação da Comissão Europeia – matéria esta que, por não ter sido comunicada à ERC, não será considerada por esta entidade na presente deliberação.

IV. Enquadramento legal e regulamentar aplicável à revogação do título habilitante de operador de distribuição

9. Nos termos da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho (Lei da Televisão – doravante LT2007), compete à ERC atribuir, renovar, alterar ou *revogar* as licenças e autorizações para a actividade de televisão (arts. 18.º, n.º 1, e 24.º, n.º 3), actividade esta que engloba

os desempenhos levados a cabo tanto por operadores de televisão quanto por operadores de distribuição, com base em títulos habilitadores distintos.

10. De acordo com o artigo 24.º, n.º 1, da LT2007, as licenças atribuídas extinguem-se pelo decurso do prazo ou por revogação, *«nos termos da lei»*.

10.1. No que respeita à iniciativa para desencadear a revogação, o princípio geral que decorre do artigo 138.º do Código do Procedimento Administrativo (doravante, CPA) é o de que *«os actos administrativos podem ser revogados por iniciativa dos órgãos competentes, ou a pedido dos interessados, mediante reclamação ou recurso administrativo»*.

10.1.1. Ora, e na medida em que a PTC não questiona qualquer aspecto ligado à *validade* ou *conveniência* ⁽¹⁾ da licença de operador de distribuição atribuída, enquanto únicos fundamentos atendíveis de impugnação do acto (artigo 159.º CPA), não se vê que, no caso vertente, pudesse a licença de operador de distribuição ser revogada com base em iniciativa desencadeada pelo seu respectivo titular ⁽²⁾.

10.1.2. Cabe à ERC, como se deixou visto acima, a competência exclusiva para determinar a revogação dos títulos habilitadores para a actividade de televisão, constando do artigo 82.º da LT2007 o elenco (taxativo) de hipóteses em que, à luz de tal diploma, tal revogação poderá ocorrer.

Fácil é constatar, contudo, que o enunciado traçado na LT2007 a este respeito apresenta um quadro de situações inteiramente alheio ao das motivações elencadas pela PTC no seu requerimento.

⁽¹⁾ Na acepção jurídico-administrativa que tais termos comportam (cfr., a propósito, Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código do Procedimento Administrativo Comentado*, Almedina, 2.ª ed., 7.ª reimpr., 2007, nota I ao artigo 159.º, p. 752).

⁽²⁾ Ainda que assim não fosse, sempre a possibilidade de impugnação graciosa da licença em apreço seria inviabilizada por força de obstáculos procedimentais como os referidos, v.g., nos artigos 162.º e 166.º do CPA.

Com efeito – e abstraindo, por ora, de qualquer juízo relativo à substância das ditas motivações – certo é que nenhuma delas é enquadrável no universo de motivos legalmente atendíveis para o efeito. Nem mesmo o genérico fundamento previsto relativo ao «*incumprimento pelo operador das condições e termos do projecto aprovado*» (arts. 21.º, n.º 1, e 82.º n.º 1, LT2007)⁽³⁾ poderia com propriedade invocar-se, não só porque à data e pela própria natureza das coisas não se verifica qualquer tipo de incumprimento que incumba à ERC apreciar ou dar como verificado, como também a própria PTC em momento algum se refere sequer a uma suposta impossibilidade de levar a cabo o projecto a que se comprometeu, antes meramente «*considera revelar-se, nesta altura, mais adequado não dar continuidade*» ao mesmo.

É que não é indiferente a resposta à questão de saber se o cumprimento do projecto de TDT a que a PTC em devido tempo se comprometeu é *objectivamente inexecutável* ou se, diversamente, a sua putativa inviabilidade radica apenas em considerações de oportunidade por parte deste operador. É que, como se disse, a PTC jamais invoca uma (suposta ou efectiva) impossibilidade objectiva de levar por diante o projecto por ela assumido, antes e apenas «*considera revelar-se, mais adequado não dar continuidade ao mesmo*». Este ponto é da maior importância, por não ser admissível que, sobretudo em face de compromissos desta envergadura, o titular de uma ou mais licenças requeira a sua revogação, sem que ao menos alegue e justifique devida e circunstanciadamente a impossibilidade (efectiva) de levar a cabo o projecto correspondente. E, no entender do Conselho Regulador, essa falha é detectável nos requerimentos apresentados pela PTC junto do ICP-ANACOM e da ERC.

10.1.3. Raciocínio e considerações similares são aplicáveis, com as necessárias adaptações, à hipótese de estar em causa um acto administrativo constitutivo de direitos ou interesses legalmente protegidos que, apesar de válido, poderia ser revogado, (i) quer por se mostrar total ou parcialmente desfavorável ao interesse do seu destinatário, (ii)

⁽³⁾ E a que naturalmente se associam os compromissos assumidos pela PTC na proposta apresentada a concurso: artigo 9.º, n.º 1, al. a), do RCP.

quer por o interessado dar a sua concordância (antecipada) a tal revogação, no pressuposto de que a mesma não envolve direitos ou interesses indisponíveis: vd. artigo 140.º, n.º 2, alíneas a) e b), respectivamente, do CPA.

Quanto à primeira hipótese, é manifesto que o acto em questão em caso algum pode considerar-se desfavorável aos interesses do seu destinatário. Não só tal desvalor não existia seguramente aquando da atribuição da licença, como não ficou minimamente demonstrada a sua verificação em momento posterior (além de ser duvidoso que, mesmo a existir, tal carácter desfavorável pudesse ser atendível – *infra*, 11).

Já a segunda hipótese não teria de igual modo cabimento, uma vez que (e sem prejuízo das considerações adicionais adiante descritas, em especial *infra*, 12.1. e 12.2.) o titular da licença ora atribuída não poderia sem mais, nem por si só, dispor do acervo de direitos e obrigações correlativas e que desde então passaram a integrar a sua esfera jurídica, carecendo da anuência ou não-oposição de outrem para a concretização de tal intento – no caso, o Estado Português.

11. Refira-se ainda, como particularidade de regime resultante do regulamento do respectivo concurso público, que, nos termos do artigo 18.º, n.º 4, deste instrumento concursal, «[a] atribuição dos direitos de utilização de frequências não confere ao seu titular quaisquer outros direitos que não sejam os que resultam dos exactos termos constantes dos títulos de atribuição, *não sendo invocáveis quaisquer factos decorrentes da atribuição, por qualquer forma, de novos serviços ou direitos de utilização ou modificação superveniente de circunstâncias*» (ênfase acrescentada).

Embora o dispositivo citado apenas se refira expressamente aos direitos de utilização de frequências, não se vislumbram razões que obstem a que a sua aplicabilidade possa e deva de igual modo ter lugar quanto à licença de operador de distribuição.

Pelo que, mesmo que a dar-se como verificada a ocorrência de circunstâncias atendíveis em momento posterior à atribuição de licenças concursais à PTC (não sendo

embora esse, repete-se, o entendimento do Conselho Regulador), sempre as mesmas seriam insusceptíveis de arguição por este operador.

V. Apreciação e fundamentação

12. Chegados a este ponto, é da maior importância sublinhar-se que, embora seja incumbência exclusiva da ERC a faculdade de revogação da licença de operador de distribuição, sempre tal revogação constituiria objecto de particular ponderação à luz do concurso e dos pressupostos e finalidades de interesse público que lhe estão subjacentes, sem esquecer também a conexão umbilical da dita licença com os direitos de utilização de frequências atribuídos pela entidade reguladora das comunicações electrónicas.

12.1. Com efeito, não se pode deixar de assinalar que a licença de operador de distribuição que a PTC agora pretende ver revogada lhe foi atribuída num contexto muito particular, a saber, o de um concurso público destinado a assegurar uma das componentes (a de *pay TV*) do modelo gizado para a introdução da televisão digital terrestre em Portugal, e em cujo âmbito também o ICP-ANACOM veio atribuir à PTC cinco direitos de utilização de frequências de âmbito nacional e parcial para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre (*multiplexers* B, C, D, E e F).

Deste modo, e resultando da própria estrutura (lógica e regulamentar) do concurso público uma clara e estreita interdependência existente entre as licenças que constituíram o seu objecto, fácil é de ver que qualquer decisão relativa a qualquer uma dessas licenças (p. ex., no sentido da sua modificação ou revogação) não deixará de se repercutir nas demais e, porventura, na própria operacionalidade do modelo de *pay tv* instituído, não sendo de afastar a hipótese de que a sua influência se estenda inclusive à componente *free to air*, e, deste modo, à integralidade do modelo de TDT gizado.

Assim, e ainda que tanto o ICP-ANACOM como a ERC mantenham intactas (ao menos formalmente) as suas responsabilidades e capacidades de intervenção em cada um dos seus respectivos sectores de actuação, tornam-se evidentes os particulares

cuidados que devem presidir à tomada de decisão relativa à revogação de uma das licenças atribuídas no âmbito do concurso público identificado.

12.2. Convém não olvidar, com efeito, que o requerimento de revogação da PTC tem por objecto e significado o abandono de uma componente essencial da introdução da televisão digital terrestre em Portugal.

Trata-se de um projecto que foi definido como tendo importância estratégica e decisiva para o interesse nacional, por exemplo, enquanto veículo privilegiado de promoção da igualdade de acesso e da info-inclusão, enquanto oportunidade de promoção de oferta de conteúdos e de novos serviços audiovisuais multimédia, e enquanto estímulo à produção nacional e instrumento de criação directa e indirecta de postos de trabalho, sem esquecer o papel que tal plataforma será chamada a desempenhar na migração analógico-digital.

Foi, pois, apresentado como preenchendo incontestavelmente um conjunto de objectivos de interesse público, longamente maturado, que envolveu e continua a envolver a mobilização significativa de recursos técnicos e humanos destinados a assegurar a sua condução a bom porto.

Nessa medida, afigura-se que qualquer inversão ao rumo traçado a respeito de tal projecto deve ser amplamente ponderada e justificada, até por se tratar de desígnio que continua a constar do elenco do programa do Governo actualmente em funções ⁽⁴⁾. E nem se diga a este respeito que, por apontar como meta a *«conclusão do processo de operacionalização da televisão digital terrestre (TDT), definindo o modelo de desenvolvimento da plataforma de acesso livre, com base numa oferta ampliada de serviços de programas, (...)»*, tal orientação governamental equivalerá a *«não sublinha[r] que a TDT em Portugal tenha, necessariamente, de comportar uma*

⁽⁴⁾ Cfr. ponto VII.6 do Programa do XVIII Governo Constitucional, pp. 115 ss.

componente paga e outra gratuita» ⁽⁵⁾. De facto, a referência à “*conclusão*» do dito processo de operacionalização e o acento tónico aí colocado à componente gratuita do projecto TDT explicam-se pela circunstância de que, à data da elaboração do dito programa do actual Executivo, já haviam sido atribuídas e emitidas as respectivas licenças relativas aos Muxes B a F, encontrando-se assim ultimados os aspectos jurídico-procedimentais ligados à componente paga do concurso. Desnecessária se mostrava pois, nesse pressuposto, qualquer referência à plataforma de acesso pago, pois que quanto a esta unicamente caberia ao titular das licenças assegurar daí em diante a materialização dos compromissos pelo próprio assumidos, diferentemente da margem de incerteza, ainda hoje subsistente, quanto a certos aspectos do modelo de TDT gratuito no multiplex A (existência um 5º canal, extensão das emissões em alta definição...)

13. Consoante o ICP-ANACOM expõe com clareza no enunciado do seu projecto de decisão ⁽⁶⁾, o modelo adoptado para a introdução da TDT em Portugal assenta em dois objectivos essenciais: em primeira linha, viabilizar a transição analógico-digital dos serviços de programas generalistas FTA, por forma a assegurar a continuidade da sua oferta em moldes tão abrangentes quanto possível à generalidade da população; a título complementar, assegurar na plataforma de televisão digital terrestre uma oferta de serviços *pay tv* concorrencial às demais, e incentivadora da migração voluntária para esta nova plataforma.

Embora os objectivos tipicamente associados à componente FTA do modelo fossem tidos por primordiais, nem por isso a componente *pay tv* deixava, ao menos à data, de ser vista como dotada de relevância para o sucesso da iniciativa – ou, pelo menos, ao seu arranque e desenvolvimento. De todo o modo, o dito modelo foi deliberadamente concebido para que a viabilização e a subsistência da componente FTA não ficasse dependente do sucesso comercial daquela relativa à *pay tv*.

⁽⁵⁾ Como pretende o ICP-ANACOM, no seu projecto de decisão de 29/01/2010, citado, p. 12.

⁽⁶⁾ Doc. citado, pp. 6 e segs.

14. Em traços largos, pois, o interesse público subjacente à introdução da plataforma de televisão digital terrestre veio a ficar assim *definido* e *balizado* nestes objectivos essenciais, correspondentes a outros tantos princípios orientadores da matéria.

15. O Conselho Regulador não reconhece a certo tipo de ocorrências ou circunstâncias entretanto verificadas (ou meramente alegadas) a aptidão para induzir modificações relevantes na configuração de tais objectivos de interesse público.

15.1. Desde logo, e a título introdutório, não pode deixar de se apontar um reparo ao horizonte temporal em que as aludidas motivações da PTC pretendem situar-se ou tomar como ponto de referência genérico, posto que, embora a decisão de atribuição das licenças objecto do concurso tenha sido efectivamente adoptada em Outubro de 2008, a emissão do(s) respectivo(s) título(s) habilitador(es) apenas ocorreu em Junho de 2009.

A propósito, não será de todo irrelevante assinalar que nas audiências de interessados realizadas tanto para efeitos de atribuição das licenças concursais (artigo 15.º, n.º 3 do RCP) ⁽⁷⁾ quanto para efeitos da emissão dos respectivos títulos habilitadores (arts. 17.º, n.ºs 1 e 2 do RCP) com vista à fixação dos exactos termos das licenças ⁽⁸⁾, jamais a PTC fez a mais breve alusão a qualquer dos argumentos que vem agora pretender fazer valer. Nem, por outro lado, se escusou a prestar o reforço da caução exigido como condição prévia à emissão dos referidos títulos habilitadores, tendo assegurado definitivamente tal reforço em 27 de Abril de 2009.

15.2. Para além disso, e como se deixou dito, não podem considerar-se atendíveis as denominadas circunstâncias invocadas pela PTC em apoio ao seu pedido de revogação da licença de operador de distribuição.

⁽⁷⁾ Pronúncia formalizada pela PTC em 06/10/08.

⁽⁸⁾ Pronúncia formalizada pela PTC em 15/01/09.

15.2.1. Por exemplo, PTC e ICP-ANACOM coincidem, aparentemente, no entendimento de que desenvolvimentos significativos no mercado da televisão por subscrição – e ocorridos desde a data da definição do modelo do concurso público ⁽⁹⁾ ou da decisão de atribuição das licenças ⁽¹⁰⁾ – teriam enfraquecido decisivamente a atractividade e viabilidade da componente *pay tv* da plataforma terrestre. Nesse pressuposto, a revogação dos direitos de utilização de frequências ⁽¹¹⁾ associados aos Muxes B a F – equivalente, no fundo, à ablação da componente paga da plataforma TDT – «*não prejudica[ria], nas actuais condições de mercado, o interesse público que esteve na sua génese*» ⁽¹²⁾.

Salvo o devido respeito, trata-se de opinião que a ERC não perfilha, sobretudo em face das circunstâncias do presente caso.

Desde logo, e designadamente, é possível confirmar que já nos comentários formulados em sede de consulta pública ao Projecto de Regulamento do Concurso Público relativo aos Muxes B a F ⁽¹³⁾, estava a PTC devidamente ciente das perspectivas e constrangimentos inerentes ao mercado em causa, a nível de percentagens de penetração de *pay tv* em Portugal, da existência de ofertas já à data baseadas em plataformas alternativas, e das limitações técnicas e de competitividade da TDT face a tais plataformas ⁽¹⁴⁾. Em suma, a PTC conhecia a evolução no sentido do agravamento da pressão concorrencial neste preciso contexto. Mesmo assim, entendeu

⁽⁹⁾ De acordo com o afirmado pelo ICP-ANACOM. Estranhamente, o regulador das comunicações electrónicas baliza *no início de 2008* o período tido como relevante para a apreciação dos desenvolvimentos verificados no domínio da televisão por subscrição, vindo a estender mais tarde – na versão do seu projecto de decisão de 29/01 – o período tido por relevante também à data de entrega das candidaturas (Abril de 2008): doc. citado, p.14.

⁽¹⁰⁾ De acordo com o afirmado pela PTC: cfr. ponto 2.1., pág. 3, do requerimento dirigido à ERC.

⁽¹¹⁾ E, por acréscimo, da licença de operador de distribuição

⁽¹²⁾ Projecto de decisão do ICP-ANACOM de 29/01/2010, cit., p. 19.

⁽¹³⁾ Publicitados a partir de 19/12/2007 pelo ICP-ANACOM no seu sítio electrónico.

⁽¹⁴⁾ Cfr. observações do Grupo PT a propósito do artigo 18.º (obrigações do titular dos direitos de utilização de frequências e do operador de distribuição) do projecto de regulamento do concurso, pp. 16 segs.

disputar as licenças postas a concurso. Fê-lo, suportada numa proposta ambiciosa, que lhe permitiu vencer o concurso. E, recorda-se de novo, discutiu com as autoridades reguladoras competentes a concreta emissão dos títulos habilitantes e reforçou a caução exigível sem jamais invocar condicionantes como as referidas, e sem desconhecer, contudo, a substancial evolução por estas, entretanto, registada ⁽¹⁵⁾.

Evolução substancial essa ainda assim insuficiente para justificar uma reconfiguração ou reinterpretação dos objectivos de interesse público já assinalados.

Com efeito, e apesar do considerável incremento verificado no acesso a serviços de televisão por subscrição, em momento algum se demonstra que a sua procura se encontra à data esgotada, ou perto de tal acontecer ⁽¹⁶⁾.

Cabendo por outro lado sublinhar ter sido a própria PTC (ou o grupo empresarial em que esta se insere) que legitimamente e em muito contribuiu para o incremento da oferta verificada, pois que tal circunstância radicou em boa medida na acesa disputa de mercado existente entre Zon e PTC, mormente nas plataformas cabo, xDSL e DTH.

Além disso, e contrariamente ao sugerido pela PTC, parece incorrecto presumir que as faixas de população mais marginais podem ou devem bastar-se com a oferta de serviços *pay tv* que actualmente lhes é assegurada noutras plataformas ⁽¹⁷⁾. Aliás, o próprio ICP-ANACOM de algum modo reconhece à plataforma TDT – a par das plataformas xDSL e FTTH – relevância em áreas geográficas onde existe menor densidade populacional e um menor rendimento *per capita*, onde se registam

⁽¹⁵⁾ Estas observações são naturalmente válidas relativamente a todas e a cada uma das circunstâncias que a PTC entendeu invocar no seu requerimento de revogação: cfr. a propósito o ponto 15.1.

⁽¹⁶⁾ Tenha-se por exemplo em conta que continuamente a ERC vem deferindo novos pedidos de autorização de serviços de programas a este respeito. E que é constante o aumento do número de serviços pagos retransmitidos nas plataformas cabo, satélite, IPTV...

⁽¹⁷⁾ Requerimento da PTC, citado, ponto 2.2., p.4.

«potencialidades de desenvolvimento de novas ofertas e plataformas e, consequentemente, de crescimento de intensidade concorrencial» ⁽¹⁸⁾.

Finalmente, o suposto decréscimo do interesse concorrencial da plataforma terrestre dever-se-ia também ao compromisso assumido pela PTC com o Governo, em Janeiro de 2009, para desenvolver uma rede de fibra óptica.

Este argumento é, por várias razões que a seguir se discriminam, improcedente. À partida, e sobretudo, por não se tratar, claramente, de uma «*circunstância alheia a qualquer das partes*» envolvidas no processo da TDT, antes representa um comportamento comercial voluntariamente adoptado pela PTC e que, em si, seria inteiramente legítimo, não fosse a circunstância de o mesmo ser susceptível de fazer perigar a satisfação de compromissos por esse mesmo operador anteriormente assumidos em sede diferente e, mais ainda, ser utilizado como argumento (pretensamente válido) para justificar a secundarização de um projecto em que esse mesmo interveniente afirmou em tempo o seu interesse e empenho. E sendo também relevante que, a este exacto propósito, que a PTC venha referir-se à crise económica-financeira sobrevinda para afirmar a sua dificuldade no acesso a financiamentos e para concluir que, assim, «*o desenvolvimento do projecto de TDT por subscrição implicará (...) uma redução do investimento da PT Comunicações em fibra óptica e ao atraso do roll out desta rede*» ⁽¹⁹⁾.

Por tudo isto (e para além de o artigo 18.º, n.º 4, do regulamento do concurso público estabelecer como princípio que nenhuma alteração de circunstâncias é atendível – v. infra, 11), não pode a PTC pretender invocar em favor das suas pretensões ou interesses o incremento registado no mercado da televisão por subscrição.

15.2.2. Idênticas considerações são válidas, com as devidas adaptações, e em geral, quanto à restante argumentação utilizada pela PTC.

⁽¹⁸⁾ Doc. citado, p. 15.

⁽¹⁹⁾ Doc. citado, ponto 3.2., p. 5.

Assim, por exemplo, e sem quaisquer preocupações de exaustividade, destaquem-se:

(i) Os reflexos que para a PTC assumiu a *antecipação dos investimentos relativos ao Mux A* não terão sido apenas de índole negativa, uma vez que, além de serem de qualquer modo objectivamente necessários, tais investimentos permitiram a antecipação do início da exploração dos serviços FTA e de outros compromissos como o cumprimento antecipado da data apontada para o *switch-off*, com tudo o que de positivo isso implica para os interesses da PTC e, também, para a sociedade em geral;

(ii) Não parece crível que qualquer concorrente possa deixar de encarar como expectável e, até, normal, uma *impugnação contenciosa* de decisões em sede de concursos públicos desta dimensão, com todos os inconvenientes e incertezas que tal conflitualidade acarreta ⁽²⁰⁾, para mais num procedimento, como este, em que se assistiu a uma concorrência muito viva entre os candidatos;

(iii) É parca a fundamentação aduzida pela PTC a propósito das *sinergias* de que poderia ter beneficiado se o processo tivesse conhecido desenvolvimentos de ordem diversa. Em particular, ocorre perguntar em que momento alcançou a PTC tal conclusão, uma vez que a perda de sinergias invocada não terá sido decisiva para levar a PTC a abandonar o seu projecto, nem terá assumido o relevo suficiente para que a PTC deixasse de obter junto do ICP-ANACOM o prolongamento por 6 meses dos prazos inicialmente estipulados para dar início à exploração dos serviços previstos nos respectivos títulos habilitantes ⁽²¹⁾.

16. Em suma, e sem prejuízo do que adiante ainda se dirá, a partir da generalidade dos argumentos invocados pela PTC não fica demonstrada – ao menos de forma suficiente

⁽²⁰⁾ Ainda assim, o desfecho deste diferendo foi bem mais rápido que aquele que seria normalmente de esperar, posto que a Airplus entendeu não aguardar pelo desfecho da acção principal por ela interposta.

⁽²¹⁾ V. cláusulas 11.^a, 1, c), e 12.^a, 2, dos títulos habilitantes relativos aos Muxes B a F, citados.

ou convincente – uma reconfiguração dos objectivos de interesse público associados à introdução da TDT em Portugal, em moldes que justifiquem a eliminação da sua componente paga.

Em alguns casos, inclusive, não será desajustado considerar que certas condutas adoptadas pela PTC no âmbito deste processo consubstanciam um *venire contra factum proprium*.

Assim sucede, como se deixou visto, e sobretudo, em face da argumentação expendida por este operador a propósito do incremento registado no mercado da televisão por subscrição.

Além disso, e a um nível mais geral, o reconhecimento das pretensões invocadas pelo operador PTC dificilmente deixaria de ser interpretado pelo mercado e pelos diferentes actores nele implicados como representando um benefício para quem deliberadamente se teria colocado numa situação de incumprimento face a compromissos assumidos. Embora o Conselho Regulador rejeite, naturalmente, que tenha sido esse o objectivo visado pela PTC, julga-se contudo inevitável que a revogação da licença em apreço viabilizaria a leitura de que, numa primeira fase, teria sido permitido à PTC afastar a concorrência à componente paga da TDT, afirmando nela o seu interesse e apresentando para tanto um projecto meritório, para, numa fase posterior, já na posse do respectivo título habilitante, renunciar a tal projecto, afirmando já não ser o mesmo economicamente viável nem interessante, com isso colocando em causa quer os interesses de terceiros entretanto preteridos, quer os de outros agentes sectoriais visados nos instrumentos concursais aplicáveis, quer ainda os do Estado, e tendo então caminho livre para gerir a plataforma do Mux A sem as naturais condicionantes impostas pelo modelo de televisão paga.

17. Sem prejuízo do que se deixa dito, o Conselho Regulador da ERC não está cristalizado na defesa incondicional da manutenção, sem reservas, da configuração originária do projecto TDT arquitectado para o nosso País.

Admite, por isso, como possível, no plano dos princípios, que a reformulação do projecto TDT, dentro de certos parâmetros, possa ser a solução mais indicada para assegurar uma introdução da plataforma digital terrestre em Portugal em moldes efectivos e imune a novos incidentes de percurso.

Não desconhece o Conselho Regulador a taxa de menor sucesso registada além-fronteiras em serviços de *pay tv* disponibilizados em plataformas TDT. Porém, é bom notá-lo, este facto não constituía novidade à data do lançamento do concurso em referência, sendo que a não invocabilidade de circunstâncias supervenientes (artigo 18.º, n.º 4, do regulamento do concurso público, citado) constitui argumento acrescido para que qualquer inversão ou modificação ao rumo aqui traçado esteja dependente de *orientação política* assumida em tal sentido, pelos competentes órgãos do Estado.

18. Como se vê à saciedade, a ERC actua vinculada ao estrito cumprimento do princípio da legalidade, o que, designadamente, implica o respeito por um conjunto de mecanismos normativos aplicáveis à realidade vertente, cabendo-lhe igualmente, neste preciso contexto, assegurar a prossecução do interesse público assente numa dada orientação política previamente assumida e publicitada, nos termos já *supra* assinalados.

Do que antecede decorre, portanto, que a ERC deve continuar a ter como seguro que, à data, a definição do interesse público relativo a esta matéria se mantém inalterada e válida, e que o modelo de introdução de TDT em Portugal postula, portanto, uma componente paga e outra gratuita, nos precisos termos previstos nos diferentes instrumentos concursais aplicáveis.

Assumida que seja, por acto normativo, a necessidade de reconfigurar o modelo inicialmente delineado para a TDT (v.g., através da supressão da sua componente paga) com base numa leitura actualizada do interesse público, poderá então – e só então – avalizar-se a revogação dos títulos habilitantes (validamente) conferidos à PTC, com fundamento na sua inconveniência, nos termos do artigo 140.º, n.º 2, al. b), do CPA.

Não enquanto, porém, desencadeada por iniciativa do titular, (por tal se afigurar procedimentalmente inadmissível ⁽²²⁾), mas por iniciativa do ICP-ANACOM e da ERC, enquanto reguladores competentes, junto dos órgãos próprios do Governo.

Contudo, e diferentemente do que o ICP-ANACOM sustenta no seu projecto de decisão ⁽²³⁾, o Conselho Regulador tem por certo que a PTC não seria, no caso vertente, a única interessada na revogação da(s) licença(s) postas a concurso. Concorde-se com o entendimento do ICP-ANACOM no sentido de que não serão interessados no sentido implícito da norma do CPA os *operadores televisivos* cujos serviços de programas generalistas terão presença assegurada no Mux A. Mas já não parece que idêntica conclusão seja, necessariamente, extensiva a outros sujeitos de algum modo relacionados com o concurso em causa: em primeira linha, e desde logo, a *Airplus Television Portugal, S.A.*, por razões que se afiguram evidentes na medida em que participou no concurso e impugnou o seu resultado (artigo 53º CPA) , e ainda, porventura, os *produtores de conteúdos* destinatários de obrigações assacáveis à PTC e directamente repercutíveis nas suas esferas jurídicas ⁽²⁴⁾.

19. Por tudo quanto antecede, e tendo presentes as incumbências que detém a respeito desta matéria, não pode pois a ERC anuir à pretensão da PTC, à face das finalidades que subjazem ao instituto jurídico da revogação, tipicamente assentes na defesa da legalidade e na melhor prossecução do interesse público.

VI. A questão da recuperação da caução prestada pela PTC

⁽²²⁾ V. a propósito e em particular os pontos 10.1.1. e 10.1.2., *supra*.

⁽²³⁾ Doc. citado, ponto 2.2., p. 9.

⁽²⁴⁾ Importa, com efeito, não olvidar que o concurso público subjacente, com o respectivo caderno de encargos, gerou, para o candidato escolhido, todo um conjunto de *obrigações* directamente repercutíveis na esfera jurídica de terceiros - designadamente produtores de conteúdos -, a par de *expectativas* de alargamento do acesso à comunicação televisiva - em especial no que se prende com as entidades referidas no n.º 6 do artigo 25º da Lei da Televisão -, cujo incumprimento ou frustração sempre carecerá de irrefutável fundamentação.

20. Uma palavra final a respeito do pedido acessoriamente formulado pela PTC, no sentido de que a revogação da licença, a ter lugar, não implicasse a perda da caução prestada no âmbito do respectivo concurso público (*supra*, I.2.).

Tal pedido não poderia nunca obter qualquer espécie de resposta por parte da ERC, uma vez que o regulamento do concurso espelha claramente ser sobre o ICP-ANACOM que recai o exclusivo de tal decisão.

Com efeito, atente-se em que a dita caução, tanto na sua versão provisória (artigo 5.º, n.º 2), quanto na sua versão definitiva e reforçada (artigo 16.º), é em qualquer dos casos prestada à ordem do ICP-ANACOM, prevendo-se igualmente a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, ser a mesma perdida a favor da entidade reguladora das comunicações electrónicas.

Sobre o ICP-ANACOM também recaiu a responsabilidade de comunicar à PTC a decisão sobre a atribuição das licenças postas a concurso, acompanhada da referência expressa à obrigação de reforço da caução (artigos. 15.º, n.º 6, e 16.º), cuja libertação apenas parece que poderá ocorrer uma vez observados os pressupostos definidos no n.º 2 do artigo 16.º, isto é, na medida em que se verificar o cumprimento do faseamento das obrigações de cobertura por cuja fiscalização também o ICP-ANACOM é responsável, nos termos conjugados do artigo 18.º, n.º 2 do RCP, e do artigo 32.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro.

VII. Deliberação

Por todo o exposto, entende o Conselho Regulador declarar improcedente a pretensão da PT Comunicações, SA, no sentido de lhe ser revogado o título de operador de distribuição que lhe foi atribuído no âmbito do concurso público aberto pela Portaria n.º 207-A/2008, de 25 de Fevereiro (rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 8-A/2008, de 26 de Fevereiro).

Lisboa, 17 de Fevereiro de 2010

O Conselho Regulador

José Alberto de Azeredo Lopes

Elísio Cabral de Oliveira

Maria Estrela Serrano

Rui Assis Ferreira

Luís Gonçalves da Silva