

# Tribunal Central Administrativo Sul

P. nº 05842/10

Recorrente: Entidade Reguladora para a Comunicação Social  
Recorrido: Telecinco, SA

Acordam na 1ª Secção do Tribunal Central Administrativo Sul

Vem interposto recurso de duas decisões do TAC de Lisboa:

- do despacho de 28.08.2009 que conheceu de duas "questões prévias" suscitadas nos autos;

E,

- da sentença de 23.10.2009, que suspendeu a eficácia da Deliberação 3/LIC-TV/2009 do Conselho Regulador da aqui Recorrente, proferida no âmbito do concurso aberto pela Portaria nº 1239/2008, de 31/10.

Em alegações são formuladas as seguintes conclusões, após convite para a respectiva sintetização:

1. O presente recurso vem interposto de duas decisões do Tribunal "a quo": (i) por um lado, o despacho interlocutório de 28/08/2009 que, sem proferir decisão quanto à procedência ou improcedência do procedimento cautelar intentado pela Recorrida, conheceu de duas "questões prévias" suscitadas nos autos, a saber, a errada qualificação do procedimento cautelar e a impossibilidade/inutilidade da lide por o procedimento concursal se encontrar extinto; (ii) por outro, a sentença de 23/10/2009, que suspendeu a eficácia da Deliberação 3/LIC-TV/2009 do Conselho Regulador da Recorrente, proferida no âmbito do concurso aberto pela Portaria n.º 1239/2008, de 31/10.

## **A. Da ilegalidade do *douto* despacho de 28/08/2009**

2. Tendo a Recorrida alegado apenas matéria susceptível de ser enquadrada no artigo 132º do CPTA (cfr. artigo 293º do requerimento inicial), o Tribunal "a quo" não estava em condições de apreciar a hipotética verificação dos pressupostos a que alude a alínea b) do n.º 1 do artigo 120º do referido diploma legal pelo que os critérios a que, no presente caso concreto, deveria ter obedecido a decisão do Tribunal "a quo" teriam de ser tão só os previstos no artigo 120º, n.º 1, alínea a) do CPTA.

3. A Recorrente, nos termos do artigo 17º, n.º 1 da Lei da Televisão, tem, no âmbito do procedimento em questão, apenas a competência inerente à instrução do processo concursal.

4. A Deliberação 3/LIC/ -TV/2009, ao excluir as duas únicas candidaturas que se apresentaram a concurso, extinguiu o processo concursal.

5. Só faz sentido determinar a suspensão de um procedimento concursal, ou do acto que o declara findo, em momento no qual este ainda não tenha terminado,

6. Ademais, o instituto da suspensão só é susceptível de proporcionar tutela cautelar nos casos em que o interessado se oponha a uma inovação de

conteúdo lesivo que tenha sido introduzida por um acto de conteúdo positivo, o que manifestamente não sucedeu no presente caso concreto.

7. A suspensão, seja do procedimento concursal, seja do acto que lhe põe termo, não tem, contrariamente ao que vem pressuposto na douta decisão recorrida, o alcance de antecipar, ainda que a título provisório, a constituição de uma situação jurídica nova, diferente daquela que existia no momento da prática do acto cujos efeitos se pretendem ver suspensos.

8. A impossibilidade de suspensão de um procedimento concursal que chegou ao seu termo e/ou de uma deliberação que, ao excluir todos os candidatos, lhe coloca um fim, não constitui uma situação susceptível de retirar qualquer efeito útil à eventual sentença anulatória que possa vir a ser proferida no processo principal.

9. A Deliberação 3/LIC/-TV/2009 é, para além do mais, um acto de conteúdo puramente negativo, pelo que inexistente o que suspender, na exacta medida em que o acto suspendendo não introduz, de facto ou de direito, qualquer alteração na esfera jurídica da Recorrida, deixando-a na exacta situação em que esta se encontrava antes da sua prática.

10. Ademais, o acto de exclusão das candidaturas é um acto de eficácia instantânea, um acto que, quando o procedimento cautelar foi instaurado, já havia produzido todos os seus efeitos/ que já estavam pura e simplesmente consumados, não podendo, nem devendo falar-se em suspensão, pela singela e elementar razão de "já" nada haver a suspender.

11. Acresce que a Recorrida pode, caso venha a ter ganho de causa na acção que intentar, o que não se antevê como possível, ser recolocada na exacta situação em que se encontrava antes da decisão de exclusão ter sido tomada sem necessidade de recorrer a qualquer das providências que requereu.

12. Há, na verdade, capacidade para mais um canal para além daquele cuja licença foi agora posta a concurso, mesmo que se mantenha o princípio de uma gestão dinâmica de conteúdos em alta definição por qualquer um dos canais existentes ou a existir.

13. Finalmente, a pretensão da Recorrida é, ela própria, inadequada à finalidade por si pretendida, na medida em que aquilo que a Recorrida pretende é actuar sobre o "*status quo ante*", alterando-o e condicionando, com isso, eventuais decisões futuras que à Recorrente não compete tomar, mas ao Governo, que não foi parte no presente processo.

14. Ao julgar improcedente a questão da "*inutilidade e/ou impossibilidade da adopção das providencias requeridas*", o douto despacho de 28/08/2009 violou, entre outros, os artigos 13, n.º 1, alínea a) e 17º, n.º 1 da Lei da Televisão e os artigos 112º, n.º 1 e 120º do CPTA.

#### **B. Da ilegalidade da douta sentença de 23/10/2009**

##### **B. 1) Da nulidade da sentença por estarem os seus fundamentos em oposição com a decisão - art.º 668º, n.º 1, al. c) do CPC**

15- A simples leitura da matéria de facto assente está em contradição frontal quer com as pressuposições que são depois assumidas pelo Tribunal "a quo", quer com o próprio conteúdo decisório, já que a aplicação do direito à matéria de facto provada impunha, na verdade, uma decisão oposta àquela

que o Tribunal "a quo" logrou alcançar.

16. Num primeiro momento, a Mm<sup>a</sup> Juiz "a quo" pressupõe ser "*natural e previsível a abertura imediata de novo concurso*", e a seguir acaba por reconhecer não ser "*previsível, de acordo com o que é do domínio público, e tendo em conta as licenças que foram atribuídas para a actividade de televisão nos últimos dez anos, a atribuição próxima de outra, licença como a que é objecto deste concurso - não obstante o espaço disponível no multiplex de cobertura nacional e acesso livre, que a entidade demandada alega na sua oposição que tem hipótese para o quinto e ainda para o sexto canal*".

17. A sentença recorrida também entra em contradição nos seus termos ao decretar uma suspensão que ela própria admite não ser "*viável*" nem "*concretizável*".

18. A sentença recorrida, reconhece, com efeito, que a Deliberação 3/LIC-TV/2009 colocou um ponto final no procedimento concursal e que, por via disso, este não pode ser suspenso, mas ao mesmo tempo, incoerentemente, suspende a eficácia da referida Deliberação, incorrendo, portanto, em flagrante contradição ao sustentar ser admissível suspender a eficácia de um acto praticado no âmbito de um procedimento que se encontra já concluído e que, por via disso, não pode ser suspenso.

19. A dita sentença recorrida é, assim, nula por estarem os respectivos fundamentos em oposição com a decisão - artº 668º, n.º 1/ al. c) do CPC.

Sem, prescindir,

**B.2) Da nulidade da sentença por ter o juiz conhecido de questões de que não podia tomar conhecimento - art.º 668º, n.º 1, al. d) do CPC**

20. O Tribunal "a quo" concluiu, o bem, que não estamos, *m casu*, perante um procedimento de formação de um contrato, não sendo aplicável o regime previsto no artº 132º do CPTA, mas apenas aquele que resulta do artigo 120º do referido, diploma legal.

21. Tendo a Recorrida intentado o presente procedimento cautelar ao abrigo do regime especial de impugnação de contratos previsto no artº 132º do CPTA, e, inclusivamente, alegado apenas matéria susceptível de ser enquadrada na aludida disposição, os critérios a que, no presente caso concreto, deveria ter obedecido a decisão do Tribunal "a quo" só poderiam ter sido portanto, os previstos no artigo 120º, n.º 1, alínea a) do CPTA.

22. A Mm<sup>a</sup> Juiz "a quo" estava, pois, impedida de apreciar a eventual verificação dos pressupostos a que alude a alínea b) do n.º 1 do artigo 120º do referido diploma legal, tendo conhecido, ao fazê-lo, de "*questões de que não podia tomar conhecimento*", o que consubstancia causa de nulidade da sentença atento o que resulta do art.º 668º, n.º 1, al. d) do CPC

Ainda e sempre sem, prescindir,

**B. 3) Da necessária revogação da sentença recorrida**

**• Da violação dos art.º 114º, n.º 3, al. d) e 116º, n.º 2, alíneas a) e d) do CPTA**

23. A Recorrente tem, tão só e apenas, no âmbito do procedimento concursal em questão, a competência para instruir o processo do concurso, a qual, como a sentença recorrida reconhece, ficou concluída com a Deliberação 3/LIC-TV/2009.

24. Quem decide da abertura, ou não, de um novo concurso não é a Recorrente, mas o Governo, que não foi, nem é parte neste processo e, por isso, não está vinculado à decisão judicial agora tomada.

25. A suspensão de um simples acto endoprocedimental não tem o efeito que lhe pretende atribuir a Mm<sup>a</sup> Juiz "a quo", que é o de impedir que a licença posta a concurso o seja "de novo até que a acção principal de impugnação (...) esteja decidida".

26. Se o que a Recorrida pretendia era evitar a abertura de um novo concurso que tivesse um objecto idêntico àquele a que a Deliberação cuja eficácia foi suspensa pôs termo, teria que ter demandado o próprio Governo da República, ou, no mínimo, tê-lo indicado como contra-interessado.

27. Ao não rejeitar a pretensão da Recorrida com este fundamento a douta sentença recorrida violou o disposto nos arts. 114º, n.º 3, al. d) e 116º, n.º 2, alíneas a) e d) do CPTA,

• **Da violação do artº 120º, n.º 1, al. a) do CPTA**

28. A Recorrida, lançando mão da faculdade que lhe é conferida pelo art.º 4º do CPTA, cumulou três pedidos distintos no processo principal incluindo o pagamento de uma vultuosa indemnização.

29. A Recorrida não pode peticionar a sua reintegração no procedimento concursal, a condenação da Recorrente "à adjudicação da licença objecto do Concurso Público" e, concomitantemente, pretender ser ressarcida das alegadas despesas que teve de suportar para reunir as condições impostas legal e regulamentarmente para poder concorrer.

30. A Recorrida pretende, igualmente, ser indemnizada pela Recorrente caso o Tribunal venha a declarar que a Deliberação que determinou a sua exclusão do procedimento concursal cumpriu com todos os requisitos legais e regulamentares,

31. Existe, por conseguinte, uma verdadeira e própria incompatibilidade substantiva de causas de pedir e de pedidos na acção principal, o que faz com que a petição inicial seja inepta por força do que decorre do art.º 195º, n.º 2, al. c) do CPC, aplicável ex vi art.º 1º do CPTA.

32. Assim, é manifesta a falta de fundamento da pretensão formulada pela Recorrida no processo principal, bem como a existência de circunstâncias que obstam ao seu conhecimento de mérito, pelo que a pretensão da Recorrida deveria ter sido rejeitada com fundamento no disposto no art.º 120º, n.º 1, al. a) do CPTA.

• **Da impossibilidade de suspender a eficácia de um acto de conteúdo puramente negativo**

33. A Deliberação 3/LIC/-TV/2009 não introduziu, de facto ou de direito, qualquer alteração na esfera jurídica dos dois únicos concorrentes, deixando-os na exacta situação em que estes se encontravam antes da sua prática - trata-se, na verdade, de um acto de conteúdo puramente negativo (e não de um acto que só aparentemente é negativo ou de um acto negativo com efeitos positivos), pelo que inexistente o que suspender

34.º Na medida em que a Deliberação 3/LIC/-TV/2009 não altera a situação jurídica ou de facto da Recorrida e da contra-interessada, não obtendo uma e outra, provisória ou condicionalmente, nenhum ganho com a suspensão até

ser decidida em definitivo a questão no âmbito da acção principal, a sua suspensão - como decidida pelo Tribunal *a quo* - nunca satisfará a principal pretensão visada: manter o concurso em aberto e impedir, com isso, a abertura de um hipotético e eventual novo procedimento.

35. Não tendo a suspensão de eficácia o alcance de antecipar, ainda que a título provisório, a constituição dos efeitos que o acto de exclusão e que colocou um fim ao procedimento recusou à Recorrida, o Tribunal "a quo" deveria ter-lhe negado interesse em agir e rejeitado a sua pretensão.

• **Da impossibilidade de suspender a eficácia de um acto de execução instantânea/Da violação do artº 129º do CPTA**

36. A Deliberação 3/LIC/ -TV/2009, excluindo as duas únicas candidaturas e colocando um fim no procedimento concursal, não carece de quaisquer operações materiais ou jurídicas de concretização, executando-se no próprio momento em que foi emitida, não produzindo, por isso, efeitos susceptíveis de serem suspensos.

37. O que significa que o Tribunal "a quo" suspendeu a eficácia de um acto já integralmente executado e que essa decisão foi tomada sem que minimamente se ponderasse se uma tal suspensão era admissível à luz do estatuído no art 129º do CPTA.

38. O pedido de suspensão de eficácia devia, portanto, contrariamente ao decidido, ter sido indeferido, independentemente da indagação feita pela sentença recorrida no sentido de que no caso se configurava uma situação de *periculum in mora* (art.º 120º, n.º 1, al. b), do CPTA).

39. A tese contrária, passivamente aceite pela Mmª Juiz "a quo" incorre numa confusão e culmina num erro; (i) confunde a Deliberação suspendenda com a licença objecto do concurso e as competências meramente instrutórias que à Recorrente são legalmente reconhecidas; (ii) erra ao imaginar que a suspensão da Deliberação 3/LIC-TV/2009 suspenderia também, *ea ipsa*, a possibilidade de o Governo vir a lançar um novo concurso e que a licença posta a concurso "*não poderá sê-lo de novo até que a acção principal de desse acto seja decidida*".

• **Da violação do art.º 120º, n.º 1 al. c) do CPTA**

40. O meio processual deferido pela decisão impugnada é, também, impróprio por contrariar o modelo actual do contencioso administrativo ao que respeita ao tratamento processual dos actos administrativos que recusem posições jurídicas de conteúdo pretensivo,

41. Na verdade, o efeito que o Tribunal "a quo" atribuiu à providência decretada, não obstante ser, na pura forma, conservatório, é, materialmente, antecipatório - impossibilidade de abrir novo concurso para atribuição da licença até que a acção principal de impugnação seja decidida.

42. Os critérios decisórios para aferir do decretamento de uma providência antecipatória são diferentes daqueles outros que o legislador estabeleceu para o decretamento de uma providência conservatória, designadamente no que se refere ao critério do *fumus bonus iuris*, que é consideravelmente mais exigente no âmbito das providências antecipatórias do que nas de carácter conservatório.

43. Deverá, pois, revogar-se a decisão recorrida e julgar-se improcedente a



providência cautelar de suspensão de eficácia requerida por ser manifestamente inadequada ao interesse pretensivo que a Recorrida pretende fazer valer no processo principal e atentar contra o disposto no artº 120º, n.º 1, alínea c) do CPTA.

Ainda e sempre sem prescindir,

• **Da inexistência de *periculum in mora*/violação do art.º 120º, n.º 1, al. b) do CPTA**

44. É flagrante a inexistência de fundamento factual concreto bastante para julgar verificado o pressuposto do *periculum in mora* (que haveria necessariamente de resultar da matéria assente, tal como alegada e provada pela Recorrida, o que não aconteceu).

45. Assim, de acordo com o disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 120º do CPTA, deveriam ambas a providências cautelares requeridas (suspensão do procedimento e suspensão do acto) ter sido recusadas por insuficiência de base factual que permita sustentar a decisão de verificação do preenchimento do requisito do *periculum in mora*.

46. Acresce que a decisão recorrida arranca da "certeza inabalável" de uma prognose que está por demonstrar - "*é natural e previsível a abertura imediata de novo concurso para atribuição dessa licença pura a actividade de televisão*" - e toma como certo algo que definitivamente não o é - "*é fundado o receio de que, quando a acção principal chegue ao fim, já esteja em curso outro procedimento concursal para atribuição da licença, ou porventura a mesma já atribuída, surgindo nesse caso uma causa legítima de inexecução da sentença anulatória c à Requerente apenas o direito a ser indemnizada*", o que fere de morte todo o esforço argumentativo que é desenvolvido pela Mmª Juiz "a quo" para sustentar a verificação, *in casu*, dos "*pressupostos previstos na al. b) do n.º 1 do art.º 120º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*".

47. Por outro lado, contrariamente ao assumido pelo Tribunal "a quo", a Recorrida pode, caso venha a ter ganho de causa na acção que intentar, o que não se antevê como possível, ser recolocada na exacta situação em que se encontrava antes de ter sido tomada a decisão de exclusão e de colocar um fim no procedimento, ou seja, a Recorrida poderá vir, no futuro, "*a ver apreciada a candidatura que apresentou neste concurso, de acordo com as regras que lhe eram aplicáveis, em confronto com a candidatura apresentada pela outra concorrente*".

48. Há, na verdade, capacidade para mais um canal para além daquele cuja licença foi agora posta a concurso, mesmo que se mantenha o princípio de uma gestão dinâmica de conteúdos em alta definição por qualquer um dos canais existentes ou a existir.

49. Os pressupostos e conjecturas subjacentes à sentença recorrida atentam, por conseguinte, contra o disposto na al. b) do n.º 1 do artº 120º do CPTA.

• **Da violação do artº 120º, n.º 2 do CPTA: a ponderação de interesses**

50. A Recorrente está em absoluto desacordo com aquilo que foi decidido pelo Tribunal "a quo" a respeito da ponderação de interesses.

51. Desde logo porque para a efectivação do juízo de ponderação previsto no



artigo 120º, n.º 2 era necessário que a Recorrida tivesse alegado e demonstrado a probabilidade de sofrer danos com a execução do acto cuja suspensão é pedida o que não fez, sendo que só com tal alegação e invocação seria possível a ponderação com os outros interesses em presença - inexistente qualquer base factual que permitisse ao Tribunal "a quo" fazer o juízo que fez.

52. Depois, e em segundo lugar, porque a sentença recorrida confunde o requisito do *periculum in mora* com os danos ou prejuízos reais que ao Tribunal "a quo" incumbia efectivamente ponderar, sendo inaceitável considerar, para este efeito, que, para a Recorrida, tais danos ou prejuízos se confundem, "a final", com "a receio da constituição de uma situação de facto consumado" - o Tribunal não fez, materialmente, qualquer ponderação.

53. Finalmente, e em terceiro lugar, porque o Tribunal "a quo" errou na aplicação que fez do n.º 2 do art.º 120º do CPTA.

54. A nossa jurisprudência tem entendido, uniformemente, que, no âmbito de um processo concursal, os interesses a tutelar por parte do requerente com o decretamento da providência requerida não se podem resumir à mera qualidade abstracta de vencido e/ou excluído no concurso, devendo ir além dos inerentes à investidura do requerente na posição de concorrente no concurso.

55. A desconsideração da proposta da Recorrida não pode, assim., ser encarada como um dano ou prejuízo "a se" a tutelar através de processo cautelar porquanto esse dano conjecturai nunca seria evitável através da tutela cautelar já que esta tem como objecto necessário quaisquer efeitos do acto.

56. Nessa medida, a simples pronúncia de que as propostas dos excluídos não reúnem as condições de admissão a concurso, afirmada na Deliberação suspendenda, nunca poderia ser um efeito que dela se destacasse e que se pudesse paralisar, visto que o deferimento da providência cautelar de suspensão não tem a virtualidade ou o efeito de colocar a Recorrida no lugar de vencedora, isto é, no lugar de titular da licença, nem, tão pouco, de cristalizar o procedimento.

57. Trazendo aqui à colação aquilo que foi alegado pela Recorrida e apreciando a situação "sub judice" temos por adquirido que não se verifica o preenchimento da previsão do n.º 2 do artigo 120º do CPTA que permitisse o decretamento da suspensão de eficácia da Deliberada 03/LIC-TV/2009.

58. Até porque, verdadeiramente, no caso sub judice, e contrariamente ao que é afirmado, sem qualquer fundamento, na sentença recorrida, é manifesto que o interesse público subjacente tanto à abertura do presente concurso, como à atribuição da licença para a exploração de um novo canal de televisão generalista de acesso não condicionado livre, se sobrepõe claramente ao interesse comercial/económico da Recorrida.

59. Sucede, para além do mais, que os prejuízos que foram alegados pela Recorrida, e que o Tribunal "a quo" desconsiderou na análise que fez, são totalmente indemnizáveis e de relativamente fácil reparação (estamos perante um interesse meramente comercial e material, perfeitamente passível, de ser ressarcido, se for caso disso, em sede de processo



principal).

60. Ao decidir em sentido contrário o Tribunal "a quo" violou o disposto no n.º 2 do artº 120º do CPTA.

Ainda e sempre sem prescindir,

• **Do erro quanto às custas e ao valor da causa**

61. A Recorrida deveria ter sido condenada em custas na proporção do seu decaimento, na medida em que o Tribunal "a quo" concedeu provimento apenas a uma das providências por aquela solicitadas,

62. Ao não o fazer a douta sentença recorrida atentou contra o disposto no art.º 446º, n.º 2 do CPC.

63. Acresce, por outro lado, que, estando o presente procedimento Cautelar - apenso à acção principal, o valor daquele deveria coincidir com o valor desta, o que não aconteceu.

Em contra-alegações formulam-se as conclusões constantes de fls. 1274 a 1283, que aqui se dão por reproduzidas, defendendo-se que o recurso não merece provimento.

Foi dado cumprimento ao disposto no art. 146º, nº 1 do CPTA, não tendo sido emitido parecer.

Sem vistos vem o processo à conferência.

**Os Factos**

Na sentença e despacho recorridos consideraram-se provados os seguintes factos:

1- Pela Portaria nº 1239/2008 de 31 de Outubro da Presidência do Conselho de Ministros, publicada no Diário da República, 1ª Série nº 212 de 31 de Outubro, o Governo, pelo Ministro dos Assuntos Parlamentares, abriu um concurso público "para a atribuição de uma licença para o exercício da actividade de televisão que consista na organização de um serviço de programas de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre e com vinte e quatro horas diárias de emissão, utilizando espectro hertziano destinado à radiodifusão televisiva digital terrestre compreendido na reserva de capacidade prevista no regulamento n.º 95-A/2008, do ICP-ANACOM, publicado no Diário da República, 2ª série, nº 39, de 25 de Fevereiro de 2008, como determinado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 12/2008, publicada no Diário da República, 1ª série, n.º 15, de 22 de Janeiro de 2008", tendo ainda aprovado o Regulamento do Concurso - rectificado pela declaração nº 68/2008 publicada no DR, 1ª série nº 224 de 18.11 - e o respectivo caderno de encargos;

2 - Concorreram ao referido concurso a Requerente e a contra-interessada, tendo esta apresentado a sua candidatura em 22.12.2009 - a qual está junta no volume do processo instrutor apenso identificado por "candidaturas";

3- O acto público do concurso teve lugar no dia 23.1.2009 - Cfr. acta de fls. 69 a 74 do processo instrutor apenso;

4 - Pelo Director do Instituto de Engenharia de Sistemas e Computadores do Porto e Professor Catedrático da FEUP, Artur Pimenta Alves, foi elaborado



um "parecer sobre as infra-estruturas técnicas constantes das propostas recebidas no âmbito do Concurso Público para o licenciamento de um serviço de programas de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre" - que consta de fls. 163 a 170 do processo instrutor - o qual foi junto ao processo do concurso por despacho de 19.2.2009;

5 - Pelo Centro de Estudos de Gestão Empresarial da Universidade Nova de Lisboa foi elaborado um documento intitulado "verificação do cumprimento dos critérios de elegibilidade a concurso por parte das candidaturas ao quinto canal nas componentes de recursos humanos e económico-financeira", datado de 12.2.2009 - que consta de fls. 173 a 193 do processo instrutor - o qual foi junto ao processo (dada "cópia aos membros do Conselho Regulador (com carácter urgente)" por despacho de 18.2.2009;

6 - Pela deliberação 2/LIC-TV/200 de 19.2.009, o Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social aprovou a proposta fundamentada de lista de candidaturas admitidas e excluídas junta no processo instrutor a fls. 228 a 251, e cujo teor integral se dá aqui por reproduzido, de que constam as seguintes "Conclusões

*Tudo visto, nos termos e com base nos fundamentos atrás expostos, o Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social conclui que:*

1. *A candidatura apresentada Telecinco, SA. não reúne os requisitos legais e regulamentares para admissão a concurso, dele sendo excluída;*

2. *A candidatura apresentada pela Zon II - Serviços de Televisão, BA (sociedade a constituir) não reúne os requisitos legais e regulamentares para admissão a concurso, dele sendo excluída;*

3. *Nos termos do disposto nos n.ºs. 1 e 2 do artigo 11 do Regulamento do Concurso, deverá proceder-se à notificação das concorrentes do conteúdo desta proposta fundamentada de lista de candidaturas admitidas e excluídas, para efeitos de audiência prévia dos interessados, nos termos dos arts. 100 e seguintes do Código de Procedimento Administrativo.;*

7 - *A contra-interessada e a requerente pronunciaram-se por requerimentos de 9.3.2009, constando a pronúncia da Requerente de fls. 393 a 438 do processo instrutor, cujo teor se dá aqui por integralmente reproduzido;*

8 - *Com data de 18.3.2009 foi junto ao processo um parecer elaborado por Luís Pinto Enes, Consultor de Média, respeitante à "Análise de factores críticos da Candidatura da ZON II" - que consta de fls, 439 a 448 do processo instrutor;*

9 - *Em 23.3.2009, o Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social deliberou excluir as candidaturas apresentadas pela Telecinco, SA e pela Zon II - Serviços de Televisão, SA (sociedade a constituir), por não reunirem os requisitos legais e regulamentares para admissão a concurso - conforme Deliberação 3/LIC-TV/2009 junta no processo instrutor a fls. 450 a 498, e cujo teor integral se dá aqui por reproduzido, de que consta a seguinte conclusão relativamente à apreciação da candidatura da Requerente:*

*"Tudo visto, e não devendo (rectius, não podendo, pelos motivos supra aduzidos nos parágs. 19 e segs.) transferir para fase ulterior do Concurso*

*decisão, positiva ou negativa, relativa ao cumprimento de requisitos de admissão dos concorrentes ao mesmo Concurso, o Conselho entende que, relativamente à "viabilidade do Plano Económico-Financeiro e sua conformidade com os requisitos exigidos no Caderno de Encargos" a proposta da Telecinco não preenche, manifestamente, esta condição de admissão a concurso."*

Mais se diz, em conclusão, o seguinte:

*"Tudo visto, nos termos e com base nos fundamentos atrás expostos, o Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, nos termos do nº3 do artigo 11 do Regulamento do Concurso, delibera:*

- 1. Excluir a candidatura apresentada pela Telecinco, SA, por não reunir os requisitos legais e regulamentares para admissão a concurso;*
- 2. Excluir a candidatura apresentada pela ZON II - Serviços de Televisão, SA (sociedade a constituir) por não reunir os requisitos legais e regulamentares para admissão a concurso;*
- 3. Nos termos do disposto no nº4 do artigo 11 do Regulamento do Concurso, deverá proceder-se à notificação das concorrentes do conteúdo desta decisão final de exclusão das candidaturas acima identificadas."- cfr ponto 4 do despacho recorrido - fls. 915;*

*10 - Por requerimentos de 22 e 23.4.2009 a Requerente veio, respectivamente, intentar a presente providência cautelar e uma acção administrativa especial de impugnação da Deliberação supra referida pedindo que a mesma seja declarada nula ou, subsidiariamente, anulada e a entidade demandada condenada à prática do acto devido, consistente na sua reintegração no procedimento concursal, e ainda a adjudicar-lhe a licença objecto do concurso (na ausência de concorrente e/ou de candidatura equivalente] e a pagar-lhe uma indemnização pelos danos e lucros cessantes sofridos em caso de não adjudicação - Cfr. AAE nº 964/09.9BELSB da 3ª Unidade Orgânica, consultada no SITAF.*

### **O Direito**

Vem interposto recurso de duas decisões do TAC de Lisboa:

- do despacho de 28.08.2009 que conheceu de duas "questões prévias" suscitadas nos autos;
- da sentença de 23.10.2009, que suspendeu a eficácia da Deliberação 3/LIC-TV/2009 do Conselho Regulador da aqui Recorrente, proferida no âmbito do concurso aberto pela Portaria nº 1239/2008, de 31/10.

No despacho recorrido entendeu-se, por um lado, que, embora as providências requeridas não devessem ser apreciadas nos termos do art. 132º do CPTA (questão que não é objecto de recurso), "*quer o pedido de suspensão do procedimento concursal quer o pedido de suspensão de eficácia da deliberação do conselho regulador da ERC são admissíveis como providências cautelares da acção administrativa especial de impugnação intentada pela Requerente - nos termos do art. 112 nº 1 e 2 do CPTA, a serem decididos nos termos do art 120."*

Por outro lado, sobre a questão da inutilidade e/ou impossibilidade da

adopção das providências requeridas (ou quaisquer outras), considerou-se que “a pretensão da Requerente não é inútil nem inconsequente”, e que, “...não se verifica, in casu, a impossibilidade de adopção de providências cautelares, inicial ou superveniente.”

Na sentença apreciaram-se os requisitos da al. b) do nº 1 do art. 120º do CPTA, julgados verificados quanto à providência de suspensão de eficácia do acto administrativo de exclusão da aqui Recorrida.

Relativamente à suspensão do procedimento concursal, julgou-a de impossível concretização, “considerando que o último acto procedimental foi a Deliberação 3/LIC-TV/2009 de 23.3.2009.”

E, após se proceder à ponderação do nº 2 do mesmo preceito, julgou-se ser de suspender a eficácia da Deliberação 3/LIC-TV/2009 do Conselho Regulador da aqui Recorrente, proferida no âmbito do concurso aberto pela Portaria nº 1239/2008, de 31/10.

A Recorrente defende a ilegalidade do despacho e da sentença recorridos, nos termos acima indicados.

Vejamos então.

#### **1 - Do despacho de 28.08.2009**

**1-a)** - O despacho recorrido apreciou a questão que havia suscitada nas contestações da entidade requerida, aqui recorrente, e contra-interessada, da errada qualificação do procedimento cautelar intentada, julgando não estar em causa um procedimento concursal previsto no art. 100º do CPTA, e, ao qual fosse, consequentemente, aplicável as providências cautelares previstas no art. 132º.

No entanto, considerou, e bem, que as providências requeridas podiam (e deviam) ser apreciadas de acordo com os critérios estabelecidos no art. 120º, nº 1, als a), b) e c) e nº 2 do CPTA, ou seja, como providências cautelares da acção administrativa especial de impugnação intentada pela aqui Recorrida, o que a lei lhe permite, atento o disposto no nº 3 do art. 120º do CPTA.

**1-b)** A segunda questão apreciada no despacho recorrido foi a suscitada pela entidade requerida da “inutilidade e/ou impossibilidade da adopção das providências requeridas (ou quaisquer outras)” e no despacho de 06.07.2009 - da impossibilidade superveniente da lide -, por o procedimento concursal se encontrar extinto.

Tal como se refere no despacho recorrido não se está perante uma questão de impossibilidade ou inutilidade superveniente, uma vez que a impossibilidade deriva da própria Deliberação 3/LIC-TV/2009 do Conselho Regulador da ERC, cuja suspensão de eficácia vem requerida.

A Recorrente entende que o processo do concurso se extinguiu com a deliberação 3/LIC-TV/2009 que excluiu os dois únicos concorrentes, pelo que nada existe para suspender, sendo a pretensão impossível.

Com as suspensões requeridas nos autos, maxime com a suspensão da deliberação que a excluiu do concurso, pretende a aqui Recorrida, tal como se refere no despacho recorrido “acautelar a real possibilidade de

*execução da sentença anulatória que espera obter na acção principal; em suma, o efeito útil dessa sentença. Que este concurso, aberto pela Portaria 1239/2008 de 31.10. ao qual se candidatou, assim como a contra-interessada, será ainda susceptível de efectivamente ser retomado a partir da prática do acto impugnado caso este venha a ser anulado."*

Entendemos, assim, tal como o despacho recorrido que não se verifica a inutilidade ou impossibilidade da pretensão da Requerente, sendo certo que o que poderá estar em causa é a inexistência de um dos pressupostos processuais previstos no art. 120º, nº 1 do CPTA, a apreciar em sede de decisão final.

## **2 - Da sentença de 23.10.2009**

### **2- a) Da nulidade da sentença por estarem os seus fundamentos em oposição com a decisão - art.º 668º, n.º 1, al. c) do CPC**

Defende a Recorrente que a sentença recorrida é nula por os seus fundamentos estarem em oposição com a decisão, o que resulta da simples leitura da matéria de facto assente que está em contradição quer com as pressuposições que são depois assumidas pelo Tribunal "a quo", quer com o próprio conteúdo decisório, já que a aplicação do direito à matéria de facto provada impunha, na verdade, uma decisão oposta àquela que o Tribunal alcançou.

A nulidade de sentença prevista na al. c) do nº 1 do art. 668º do CPC ocorre, quando "*os fundamentos estejam em oposição com a decisão*". Ou seja, só se verifica esta nulidade de sentença quando os fundamentos invocados pelo juiz, deveriam logicamente conduzir ao resultado oposto ao que vem expresso na decisão.

À sentença recorrida, porque proferida em procedimento cautelar, cabia apreciar da verificação dos requisitos previstos no art. 120º, nº 1, alíneas a) e b) (por se tratar de providência conservatória).

Ora, a sentença recorrida procedeu, nos termos das alíneas a) e b) do nº 1 do art. 120º do CPTA, a uma apreciação dos requisitos por elas exigidos, *fumus boni iuris* (no caso das als a) e b)) e *periculum in mora* (no caso da al b), concluindo não se verificar a evidência palmar da al a), sem necessidade de mais indagações; mas considerando que se verificavam aqueles requisitos cumulativos exigidos pela al b).

E, procedendo à ponderação a que estava obrigada face ao disposto no nº 2 do art. 120º, julgou que "*os danos que resultam da concessão da providência não se mostram superiores àqueles que podem resultar da sua recusa. Não podendo estes ser evitados ou atenuados pela adopção de outras providências*".

Esta apreciação que a sentença recorrida contém, significa que se considerou que não se verificava a previsão da al. a) do nº 1 do art. 120º do CPTA. Existindo, no entanto, os requisitos da al. b) e face à ponderação a que se procedeu, de acordo com o nº 2, julgou-se ser de conceder a suspensão de eficácia da deliberação 3/LIC-TV/2009.

Ao assim decidir, a sentença recorrida não enferma da nulidade prevista na al. c) do nº 1 do art. 668º do CPC, invocada pela Recorrente, já

que os fundamentos que utilizou conduzem logicamente ao decidido, sendo que tal invocação poderá corresponder a erro de julgamento, mormente, sobre a apreciação dos pressupostos previstos na al. b) do n.º 1 do art. 120º do CPTA, mas não à aludida nulidade.

**2-b) Da nulidade da sentença por ter o juiz conhecido de questões de que não podia tomar conhecimento - art.º 668º, n.º 1, al. d) do CPC**

Defende a Recorrente que o Tribunal recorrido estava impedido de apreciar a eventual verificação dos pressupostos a que alude a alínea b) do n.º 1 do artigo 120º do CPTA, tendo conhecido, ao fazê-lo, de "*questões de que não podia tomar conhecimento*", o que consubstancia causa de nulidade da sentença atento o que resulta do art.º 668º, n.º 1, al. d) do CPC.

A nulidade por omissão ou excesso de pronúncia, prevista na al. d) do n.º 1 do art. 668º do CPC, ocorre quando o juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia conhecer.

Tal nulidade representa o desrespeito da obrigação estabelecida no art. 660º, n.º 2 do CPC, nos termos do qual o juiz "*deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação exceptuando aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras*".

No caso em apreço, e conforme já acima se referiu, as providências requeridas podiam e deviam ser apreciadas de acordo com os critérios estabelecidos no art. 120º, n.º 1, als. a) e b), por se tratar de providências conservatórias, e n.º 2 do CPTA, ou seja, como providências cautelares da acção administrativa especial de impugnação intentada pela aqui Recorrida, o que a lei permite, atento o disposto no n.º 3 do art. 120º do CPTA.

Assim, a sentença recorrida não incorreu em excesso de pronúncia.

**2-c) Da violação dos art.º 114º, n.º 3, al. d) e 116º, n.º 2, alíneas a) e d) do CPTA**

Alega a Recorrente que ao não rejeitar a pretensão da Recorrida com o fundamento de que não foi demandado o Governo, ou, no mínimo, tê-lo indicado como contra-interessado, a sentença recorrida violou o disposto nos arts. 114º, n.º 3, al. d) e 116º, n.º 2, alíneas a) e d) do CPTA.

Com o assim alegado vem a Recorrente invocar *ex novo* a excepção de ilegitimidade passiva (por preterição de litisconsórcio necessário).

Ora, se entendia verificar-se tal excepção, devendo ser demandado o Ministério competente ou ser indicado como contra-interessado, deveria a recorrente tê-la suscitado em sede própria - a contestação -, permitindo o exercício do contraditório e que o Tribunal recorrido sobre ela se pronunciasse, o que não aconteceu.

Assim, não é nesta sede que tal questão pode ser invocada, visto que a este Tribunal apenas cabe (no caso em concreto) proceder à reapreciação da sentença que julgou do mérito da causa, conhecendo de todas as questões que se suscitavam.

Improcede, conseqüentemente, a invocada violação dos preceitos referidos pelo Tribunal *a quo*.

**2-d) Da violação do artº 120º, n.º 1, al. a) do CPTA**

Defende a Recorrente que o Tribunal deveria ter julgado verificada a manifesta falta de fundamento da pretensão formulada pela ora Recorrida no processo principal ou a existência de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento de mérito.

Conforme se vê da petição inicial da acção principal, junta a fls. 1322 a 1403, foram ali formulados os seguintes pedidos:

- "i) Deve o acto administrativo proferido no âmbito do concurso público para o licenciamento de um serviço de programas televisivo de âmbito nacional, generalista, de acesso não condicionado livre, utilizando espaço hertziano destinado à radiodifusão televisiva digital terrestre, que determinou a exclusão da Autora, ser declarado nulo, ou, subsidiariamente, anulável, com a consequente condenação da Ré à prática do acto devido consistente na reintegração da Autora no referido procedimento concursal;*
- ii) Deve ainda a Ré ser condenada à adjudicação à Autora da licença objecto do Concurso Público, na ausência de concorrente e/ou de candidatura equivalente;*
- iii) Deve, por fim, a Ré ser condenada a pagar à Autora a quantia total de € 1.386.183,13, acrescida dos juros vencidos desde a citação, a título de indemnização para reparação dos danos patrimoniais e não patrimoniais por esta sofridos, bem como os lucros cessantes sofridos pela Autora em caso de não adjudicação, a liquidar em execução de sentença, tudo com as demais consequências legais."*

Efectivamente, a alínea a) do nº 1 do art. 120º do CPTA prevê um critério de decisão excepcional, já que, uma vez que esteja verificada a manifesta procedência da acção principal (o *fumus boni iuris* especialmente intenso), pode, desde logo, o tribunal determinar a adopção da providência requerida sem necessidade de mais indagações (nomeadamente sem ter de apreciar a existência do *periculum in mora*).

Também na situação oposta - de *manifesta falta de fundamento da pretensão principal* -, que não está expressamente regulada, mas cuja solução resulta implicitamente das normas aplicáveis, será recusada a providência, ainda que meramente conservatória (cfr. neste sentido Vieira de Andrade, in *A Justiça Administrativa, (Lições)*, 9ª ed., Almedina, pág. 343).

No entanto, a matéria alegada nos arts. 28 a 32 das conclusões da Recorrente não consubstancia qualquer falta de fundamento evidente da pretensão formulada no processo principal, ou seja, não existe evidência da ilegalidade da pretensão formulada, ou a existência de circunstâncias que obstem ao seu conhecimento de mérito (por manifesta ineptidão da petição inicial ali formulada), não havendo motivo para recusar a providência ao abrigo da al. a) do nº 1 do art. 120º do CPTA.

## **2- e) Da impossibilidade de suspender a eficácia de um acto de conteúdo puramente negativo**

Alega a Recorrente que a Deliberação 3/LIC/-TV/2009 não introduziu, de facto ou de direito, qualquer alteração na esfera jurídica dos dois únicos concorrentes, deixando-os na exacta situação em que estes se encontravam antes da sua prática, tratando-se, na verdade, de um acto de conteúdo

puramente negativo (e não de um acto que só aparentemente é negativo ou de um acto negativo com efeitos positivos), pelo que inexistente o que suspender.

Vejamus brevemente o quadro legal aplicável ao procedimento concursal no qual foi proferida a deliberação suspendenda.

A Lei nº 27/2007, de 30/7, aprovou a Lei da Televisão, que regula o acesso à actividade de televisão e o seu exercício, estabelecendo-se no seu art. 15º que o concurso público de licenciamento para o exercício da actividade de televisão que consista na organização de serviços de programas de acesso não condicionado livre é aberto por portaria do membro do Governo responsável pela área da comunicação social, a qual deve conter o respectivo objecto e regulamento (nº 1 respectivo).

Assim, pela Portaria nº 1239/2008, de 31/10, considerando-se que, *“Estando agora reunidas as condições para a abertura do concurso, atentas as características da actual oferta de serviços programas televisivos e ponderado o interesse público, considera-se fundamental a qualificação e a diversificação da oferta televisiva de acesso livre, dirigida a todos os segmentos da população e ainda a optimização do espectro radioelétrico”*, foi aberto o concurso público para a atribuição de uma licença para o exercício da actividade de televisão, aqui em causa, nos termos do ponto 1 da referida Portaria.

Nos termos do art. 17º, nº 1 da Lei nº 27/2007, os processos de licenciamento ou autorização referidos na al a) do nº 1 e no nº 4 do art. 13º são instruídos pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social

De acordo com o art. 11º do Regulamento do Concurso (aprovado no ponto 2 da Portaria citada) compete ao conselho regulador da ERC elaborar proposta fundamentada de lista de candidaturas admitidas e excluídas, e, finda a audiência dos interessados, o mesmo *“delibera sobre a admissão e exclusão das candidaturas.”* (cfr. respectivos nºs 1, 2 e 3).

Estabelece o nº 4 do mesmo preceito que, *“No prazo de três dias úteis, a deliberação referida no número anterior é notificada aos interessados, publicada na 2.ª série do Diário da República e disponibilizada no sítio electrónico da ERC.”*

O art. 15º, nº 1 prevê que, *“No prazo de 30 dias úteis a contar da data da deliberação sobre a admissão e exclusão das candidaturas, prevista no n.º 3 do artigo 11.º, o conselho regulador da ERC elabora um relatório final contendo a proposta de lista de classificação das concorrentes, (...)”*. Seguindo-se, após a audiência prévia dos interessados, a deliberação do mesmo conselho regulador, sobre a lista final de classificação, indicando qual a concorrente a quem, em virtude de ser a mais bem classificada, é atribuída a licença (cfr. nº 2). Sendo, no prazo de 25 dias, emitida a licença pela ERC (cfr. art. 19º).

A Recorrente alega que não tendo a suspensão de eficácia o alcance de antecipar, ainda que a título provisório, a constituição dos efeitos que o acto de exclusão e que colocou um fim ao procedimento recusou à Recorrida, o Tribunal “a quo” deveria ter rejeitado a sua pretensão.



A deliberação suspendenda - 3/LIC-/TV/2009 excluiu a Recorrida e a contra-interessada (as duas únicas concorrentes) do concurso.

Ora, sendo de admitir que a pretensão formulada no processo principal pode vir a ser deferida, isto é, ocorrendo o *fumus boni iuris*, a medida de suspensão de eficácia só poderia ser decretada se fosse possível antecipar que a imediata execução do acto suspendendo determinaria *a constituição de uma situação de facto consumado ou que produziria prejuízos de difícil reparação para os interesses que a Requerente pretende ver reconhecidos no processo principal*.

No entanto, seja qual for a decisão a proferir na acção principal, o deferimento da providência aqui requerida não tem as consequências que a aqui Recorrida visa alcançar, por este ter um conteúdo negativo

Efectivamente, tem-se entendido não ser legalmente admissível a suspensão de eficácia de actos de conteúdo negativo, que se limitam a proibir ou a não permitir uma alteração da ordem jurídica, pois tal suspensão a ser decretada, deixaria inalterada a situação jurídica anterior e nenhum benefício traria para os interesses que o requerente defende (cfr. neste sentido o Ac. STA de 24.04.2002, Rec. 0330/02 e os Acs. do mesmo Tribunal nele citado e o Ac de 09.07.2002, Rec. 01101/02).

Como se escreveu no referido Ac. do STA de 24.04.02, "(...), o que caracteriza o acto absolutamente negativo é a circunstância de não produzir efeitos inovadores nas relações entre o Particular e a Administração, não satisfazendo uma determinada pretensão do Requerente.

*Tal acto em nada altera "a situação em que o particular se encontrava imediatamente antes da "emissão" (apud Sampaio Caramelo, in "Da suspensão de executoriedade dos actos administrativos por decisão dos tribunais administrativos" - O Direito 100-182 - 1968-69, a pág. 235).*

*Não existe aqui uma alteração do "status" do destinatário do acto, que ficará na situação em que já se encontrava antes da sua prática.*

*Dentro deste particular contexto a suspensão de eficácia, a ser decretada, não trará, como já se realçou, qualquer efeito prático para o Requerente, uma vez que este com a peticionada suspensão não verá ampliada a sua esfera jurídica."*

Na verdade, o deferimento da providência que aqui se requer não tem as consequências que a Requerente visa alcançar, isto é, a suspensão do acto não forçará a aqui Recorrente a admitir a sua candidatura, praticando um acto de sinal contrário, deferindo a pretensão anteriormente denegada.

Ou seja, decretada a suspensão do acto de exclusão a aqui Recorrida continuaria na mesma situação em que se encontrava anteriormente ao acto, aquela em que se apresentou ao concurso, até que o acto impugnado na acção principal fosse anulado e a Recorrente fosse obrigada a admitir a sua candidatura.

E, sendo assim, não é a execução deste acto a determinar a ocorrência dos prejuízos que invocou (cfr. neste sentido o recente Ac. do STA de 30.09.2009, Rec. 0718/09 e os acórdãos nele citados).

Em conclusão, não só a concessão da providência requerida é

## *Tribunal Central Administrativo Sul*

insusceptível de determinar a prolação do acto que a Recorrida quer ver prolatado como também o seu indeferimento não acarreta os prejuízos invocados.

Procede, conseqüentemente, o recurso, ficando prejudicada a restante matéria alegada, com excepção da atinente ao valor da causa

### **2- f) Do valor da causa**

Alega a recorrente que estando o presente procedimento cautelar, apenso à acção principal, o valor daquele deveria coincidir com o valor desta, o que não aconteceu.

Não lhe assiste razão.

De facto, prevê o art. 32º, nº 6 do CPTA que o valor dos processos cautelares é determinado pelo valor do prejuízo que se quer evitar, quando está em causa uma providência conservatória, como sucede no caso dos pedidos de suspensão de eficácia de acto administrativo.

Neste caso, em que foi invocada a susceptibilidade de o acto administrativo produzir prejuízos de difícil reparação, será de aplicar o critério supletivo do art. 34º, nº 1 do CPTA, como se verifica nos autos.

Pelo exposto, acordam em:

a) - conceder provimento ao recurso, revogando a sentença recorrida na parte em que suspendeu a eficácia da deliberação 3/LIC/-TV/2009, indeferindo a providência cautelar requerida;

b) - condenar a Requerente nas custas em ambas as instâncias, fixando-se à causa o valor indicado pela Requerente.

Lisboa, 29 de Abril de 2010

  
C. Araújo