

**Conselho Regulador da
Entidade Reguladora para a Comunicação Social**



Parecer

5/2007

ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

**Parecer referente aos
Projectos de Regulamento e de Caderno de Encargos relativos ao
concurso público (conjunto) para a atribuição de direitos de
utilização de frequências de âmbito nacional e regional [ou
parcial] para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre e
de licenciamento de operador de distribuição**

Lisboa

22 de Agosto de 2007

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Parecer referente aos

Projectos de Regulamento e de Caderno de Encargos relativos ao concurso público (conjunto) para a atribuição de direitos de utilização de frequências de âmbito nacional e regional [ou parcial] para o serviço de radiodifusão televisiva digital terrestre e de licenciamento de operador de distribuição

Parecer 5/2007

Por ofícios datados de 30 de Julho e de 2 de Agosto de 2007, endereçou o Gabinete do Ministro dos Assuntos Parlamentares à ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social os documentos identificados em epígrafe, para efeitos de emissão do parecer previsto no n.º 8 do artigo 16.º da Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, a qual aprova a lei que regula o acesso à actividade de televisão e o seu exercício (Lei da Televisão).

1. O projecto de regulamento ora apresentado corresponde à actualização da versão já anteriormente submetida à apreciação da ERC, em 13 de Abril do ano em curso, e que obteve então pronunciamento expreso por parte desta entidade, através do seu Parecer n.º 4/2007, e ao abrigo da competência prevista no n.º 1 do artigo 25.º dos seus Estatutos, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro.

Na medida em que, no seu confronto com a versão precedente, a presente proposta exhibe escassas modificações de relevo, e atendendo a que, pela sua parte, também o Conselho Regulador da ERC não vislumbra razões justificativas para inflectir o entendimento então expreso a respeito da matéria vertente, entende este órgão remeter, na generalidade, para as observações apontadas no seu referido Parecer, cuja actualidade e pertinência se mantêm praticamente intactas.

1.1. Ainda assim, julga-se importante elencar, ainda que sumariamente, os aspectos que, tendo **permanecido imodificados** (ou que, pelo menos, não sofreram modificação substancial de relevo) relativamente à versão anterior, e pelos motivos oportunamente dados a conhecer, suscitam junto do Conselho Regulador particular reserva e preocupação :

1.1.1. Assim, e em geral, sublinhem-se:

- a assinalada discrepância entre a nova lei da televisão (art. 7.º) e o projecto de regulamento (art. 18.º, n.º 2) quanto aos critérios de cobertura das emissões televisivas, posto que os mesmos remetem, como factor preferencial ou exclusivo, para o *território* e para a *população*, respectivamente, sendo certo que dessa disparidade resultam variadas e importantíssimas consequências, já oportunamente assinaladas ;
- a contradição existente entre a (reduzida) cobertura planificada quanto aos *multiplexers* D, E e F e os desejáveis objectivos de massificação da televisão digital terrestre e disseminação da sociedade de informação, por excluir destes mesmos objectivos aquelas franjas populacionais que, justamente, e a par das residentes nas Regiões Autónomas, são já à data as mais carenciadas a este respeito ;
- o sacrifício das emissões televisivas com cobertura de âmbito *local*, tanto no âmbito do concurso a que o projecto de regulamento se reporta, quanto, presumivelmente, no concurso paralelo para a capacidade sobrança do Mux FTA ;
- a chamada de atenção já feita a propósito dos problemas de regulação de concorrência associados à excessiva concentração da titularidade de direitos exclusivos relativos a conteúdos desportivos e cinematográficos, a propósito das obrigações de *must carry* e *must offer*, e o facto de a apreciação já levada a cabo no

contexto da TDT, pela ERC, ter sido feita em âmbito de proposta normativa diversa daquela que veio a ser consagrada nos n.ºs 2 e 3 do art. 25.º da Lei da Televisão vigente.

1.1.2. Em particular, quanto a certos preceitos do projecto:

- não foram acolhidas as preocupações expressas a propósito do n.º 1 do artigo 3.º, e incidentes sobre as exigências concursais aí formuladas quanto a sociedades (comerciais) ou cooperativas a constituir ;
- mantêm-se, outrossim, e apesar do maior detalhe entretanto imprimido à redacção do preceito, as relativas reservas já expressas quanto à legitimidade, ou conformidade jurídica, da exclusão concursal pré-estabelecida nos n.ºs 4 e seguintes do artigo 3.º (sem prejuízo, naturalmente, de se admitir a eventualidade de, a este preciso respeito, a Autoridade da Concorrência vir aqui a assumir posicionamento em sentido diverso) ;
- na medida em que não se registou inflexão a respeito da opção traçada no n.º 4 do artigo 5.º do projecto (perda de caução provisória em caso de exclusão de candidatura apresentada), não se altera também o entendimento já expresso no sentido de tal solução ser iníqua e contrária à regra de liberação da caução e aos princípios de adequação e proporcionalidade em que a mesma assenta, conduzindo a um enriquecimento sem causa do Estado enquanto promotor do concurso ;
- na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º mantêm-se, pelas razões então apontadas, as reservas relativas à exigência de cada candidato declarar expressamente sujeitar-se ao “*respeito pelas regras gerais de concorrência e concentração*” ;
- quanto à importantíssima matéria disciplinada no art. 13.º do projecto, relativo à apreciação das candidaturas, sublinhem-se:

i) a subsistência das reservas já expressas a respeito da “*interoperabilidade*” valorada enquanto mero *critério de selecção* das candidaturas e não antes como verdadeira *condição de admissão* das mesmas ;

ii) a imodificabilidade da prevalência conferida aos componentes do denominado critério de selecção “A” comparativamente aos indicadores que integram o denominado critério “B”, prevalência essa que se afigura injustificada ;

iii) a insistência na valoração das “*obras criativas de produção originária em língua portuguesa*”, desiderato esse que, como se deixou então dito, se arrisca a não vir a ter qualquer projecção prática, por se afigurar completamente desajustado às características deste específico concurso ;

iv) a inalterabilidade da ordem de critérios de desempate elencados no n.º 6, a qual, como se disse, se afigura desajustada; em particular, o primeiro e principal critério de desempate aqui previsto (a saber, “*a maior participação de operadores de televisão que utilizem o espectro hertziano terrestre nas entidades concorrentes*”), não é, comparativamente com os demais, aquele que melhor promove o interesse público no contexto apontado.

2. Em contrapartida, merecem assinalar-se como **modificações positivas** entretanto introduzidas:

- o relativo equilíbrio alcançado (sem prejuízo do que mais adiante se deixa afirmado) na repartição de responsabilidades entre ICP–ANACOM e ERC no âmbito do presente concurso, *maxime* na composição da Comissão responsável pela selecção e valoração dos projectos apresentados ;

- o reajustamento, ainda que em termos não amplamente satisfatórios, do peso específico dos critérios de apreciação das candidaturas que têm a ver com as políticas de regulação da comunicação social, e enunciadas no art 13.º do projecto de regulamento ;
- a reformulação da redacção da alínea a) do n.º 3 do art. 3.º e a concomitante eliminação da anterior objecção suscitada a propósito do desrespeito pelo princípio da neutralidade tecnológica (e sem embargo da manutenção da reserva de fundo acima expressa, a propósito da exclusão aí estabelecida) ;
- a alteração operada à redacção do n.º 3 do artigo 5.º, que torna o preceito, agora, inteiramente concordante com o objecto do concurso: v. als. a) e b) do n.º 1 do artigo 1.º ;
- a supressão, no n.º 6 do artigo 9.º, da expressão “*compromisso de honra*”, pelas razões então expressas;
- a reformulação do n.º 6 do artigo 10.º, *idem*, a par da correcção operada à gralha do seu n.º 8 ;
- Quanto à importantíssima matéria disciplinada no art. 13.º do projecto, relativo à apreciação das candidaturas, destaque-se:
 - i) a apontada ausência de correspondência dos critérios de graduação das candidaturas enunciados no projecto de regulamento e aqueles que constam da actual lei da televisão (cf. o n.º 4 do artigo 16.º deste diploma) surge agora mitigada, se não eliminada, na versão revista do projecto ;
 - ii) na al. b) do artigo 13.º do projecto revisto, a actual referência à “*qualificação*” da oferta televisiva em função dos factores aí enunciados eliminou as incertezas que

resultavam da discrepância anteriormente existente entre a “*qualidade*” e a “*diversidade*” da composição da oferta televisiva (note-se que idêntica terminologia veio a consagrar-se no enunciado da alínea b) do n.º 4 do artigo 16.º da nova Lei de Televisão) ;

iii) o acolhimento da terminologia, correcta, relativa às “*pessoas com necessidades especiais*” ;

iv) a reponderação da componente “*qualificação da oferta televisiva*” e seu reforço relativo no confronto com as demais componentes do critério “B” ;

v) a inclusão das “*emissões de alta definição*” entre as componentes valorativas das candidaturas relativas aos conteúdos (e que integram o critério “B”).

3. Por seu turno, e como **questão especificamente originada no contexto desta mais recente versão** do projecto de regulamento, aponte-se a nova configuração que neste vem assumir a questão respeitante à medida da intervenção a reservar à ERC no âmbito do presente concurso, a qual, como teve ensejo de se sublinhar, se mostra algo subalternizada por referência ao protagonismo que o ICP-ANACOM aí deverá vir a desempenhar.

No seu parecer anterior, procurou a ERC assinalar devidamente a circunstância de residir principalmente na (então proposta de) lei da televisão, e não no projecto de regulamento de concurso, a fonte de reparos passíveis de serem suscitados a respeito de caber ao ICP-ANACOM a direcção da instrução do processo de licenciamento. Teve-se de igual modo o cuidado de sublinhar que, em si, tal circunstância não seria de criticar, desde que a mesma se mostrasse objectivamente justificável, insistindo-se, contudo, na essencialidade de se assegurar à ERC participação na Comissão prevista para o concurso público em apreço, por tal se lhe afigurar aspecto absolutamente essencial à

plena prossecução das responsabilidades que lhe incumbem enquanto entidade reguladora do sector da comunicação social.

Como é evidente, a sugestão assim avançada tinha em si implícita a exigência de uma recombinação ponderada e harmoniosa das regras concursais pertinentes – sobretudo, as mais directamente ligadas à existência e competências de actuação da Comissão referida –, a qual não parece que tenha sido alcançada. Implicaria, designadamente, um novo figurino para a nomeação dos membros dessa Comissão (v. o actual artigo 11.º, n.º 2), para a resposta aos pedidos de esclarecimento (v. o actual artigo 6.º) e, sobretudo, o arquitectar de uma nova lógica e *modus operandi* para a apreciação, e valoração, dos critérios “A” e “B”, e seus respectivos componentes, previstos no regulamento do concurso (v. o artigo 13.º, em particular os seus n.ºs 7 a 10).

Julga-se que o hiato apontado poderá ser satisfatoriamente colmatado se, à semelhança do que já sucede com a ERC no seu domínio próprio de actuação, e para efeito da avaliação e aplicação dos critérios de selecção da sua responsabilidade, ao ICP-ANACOM for conferido estatuto de entidade “autónoma” da Comissão instituída pelo n.º 3 do artigo 11.º do projecto de regulamento. Para tanto, impõe-se: (a) a reformulação da redacção do n.º 7 do art. 13.º, suprimindo-lhe o segmento “através da Comissão”, e equiparando-o ao n.º 8; (b) remodelar o teor dos n.ºs 9 e 10 do mesmo artigo, em moldes que atribuam ao ICP-ANACOM e à ERC incumbências equivalentes.

4. Finalmente, e a propósito do Caderno de Encargos, o mesmo merece por parte da ERC juízo genericamente favorável, sem prejuízo dos aspectos que sinteticamente se passam a expor:

- a propósito dos *itens* de análise exibidos na grelha da pág. 7 do documento em referência, julga-se que o atributo relativo às “*condições de acessibilidade para cidadãos com necessidades especiais*” deve integrar apenas o critério relativo à

“qualidade do plano técnico” e não já, também, o âmbito da “qualidade do plano económico-financeiro” (como também, de resto, indevidamente sucede ao nível do próprio Projecto de Regulamento: cf. a componente a4 constante do n.º 3 do seu art. 13.º) ;

- assinala-se, por outro lado, que a avaliação, no âmbito da “qualidade do plano económico-financeiro”, de “*eventuais planos de promoção ou desenvolvimento de ... conteúdos*” (v. págs. 8 e 36 do doc. em referência) se deve subordinar à apreciação do seu impacto nos domínios legalmente afectos à intervenção reguladora da ERC (v. artigo 7.º dos Estatutos da ERC) ;
- sublinhe-se, ainda, a circunstância de a grelha em apreço ser inteiramente omissa na concretização ou desenvolvimento das diferentes componentes que integram o critério de selecção “B”, tal como fixado no projecto de regulamento do concurso.

5. Crê-se justificado um apontamento final assinalando o que parece constituir uma hesitação terminológica (a evitar) a respeito da denominação a adoptar para as coberturas a que estarão associados os multiplexers D, E e F: de acordo com o ofício do MAP n.º 6362, de 30 de Julho, estarão em causa coberturas de âmbito “*regional*”; já segundo a epígrafe do ofício n.º 6510, de 2 de Agosto de 2007, tratar-se-á de coberturas de âmbito “*parcial*” – denominação que é desprovida de cobertura legal.

Lisboa, 22 de Agosto de 2007

O Conselho Regulador

Elísio Cabral de Oliveira
Luís Gonçalves da Silva
Maria Estrela Serrano
Rui Assis Ferreira