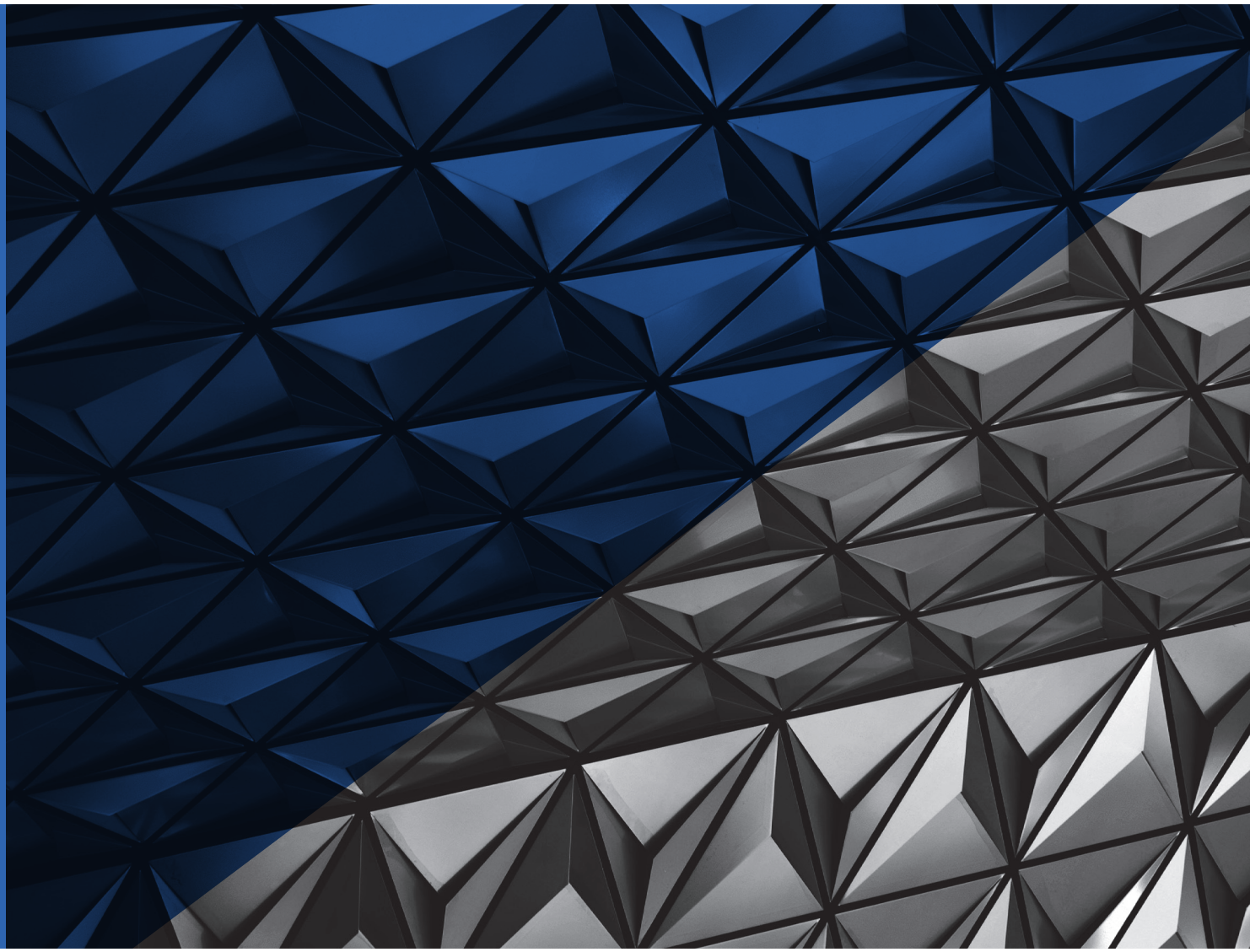
ICJP
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
ICIDP
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

CONCURSOS PARA ATRIBUIÇÃO DE LICENÇAS NO AUDIOVISUAL

MIGUEL ASSIS RAIMUNDO



Concursos para atribuição de licenças no audiovisual

Miguel Assis Raimundo
Assistente da FDUL (miguelraimundo@fd.ul.pt)
Advogado

Sumário: **1.** Os objectos concursados **2.** Fase inicial do procedimento *2.1.* Competência para abertura do concurso e aprovação das peças *2.2.* Conteúdo das peças *2.3.* Condições de admissão *2.4.* Formalidades prévias à aprovação definitiva das peças *2.5.* Publicitação da abertura do concurso **3.** Fase de apresentação e análise de candidaturas *3.1.* Competências para instrução e análise *3.2.* Apresentação e saneamento de candidaturas **4.** Fase de decisão *4.1.* Decisões finais do procedimento *4.2.* Caducidade/revogação da adjudicação e nova adjudicação **5.** O regime de formação do Código dos Contratos Públicos como regime subsidiário

1. OS OBJECTOS CONCURSADOS

Num curso sobre diferentes aspectos e regimes do instituto concursal, importante é começar por delimitar os objectos concursados.

No caso do audiovisual – entenda-se: o exercício das actividades de televisão, quer na abertura de estações ou canais quer na vertente de operador de distribuição, e de rádio – essa delimitação tem de atender, hoje, à separação entre a rede e a actividade. Com efeito, actualmente a mesma rede ou infra-estrutura é compatível com diversas utilizações: o espectro hertziano, o cabo ou o satélite podem ser utilizados como meio de comunicação ou como meio de difusão de dados. O nosso sistema encontra-se ainda ordenado de acordo com essa separação (que aliás se vai tornando cada vez

menos nítida, à medida que os diversos formatos e actividades vão ganhando cada vez mais aspectos comuns).

Assim, está em causa, em primeiro lugar, no que diz respeito à rede ou infra-estrutura, a atribuição de direitos de utilização de frequências, nos termos da Lei das Comunicações Electrónicas (Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro – LCE), que é feita por procedimento com garantias de transparência, quando há limitação de direitos de utilização no Quadro Nacional de Atribuição de Frequências (art. 30º/3 e 31º/3 LCE). Encontramos aqui concretização de um Estado infra-estrutural, que permite aos particulares o exercício de actividades que tomam por base bens públicos (o domínio público radioeléctrico: art. 14º LCE), mas preocupando-se em assegurar a objectividade e a igualdade de oportunidades no acesso a tais actividades. Pode igualmente chamar-se à colação o princípio do art. 7º do RGAPP (Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto), como modo de justificação adicional da abertura de procedimentos concorrenciais na gestão das utilidades fornecidas pelo património público[1].

Está em causa, igualmente, e em segundo lugar, no que diz respeito à actividade, a atribuição de licenças para o acesso e exercício das actividades de televisão e rádio (17º/1 Lei n.º 54/2010, de 24 de Dezembro, Lei da Rádio – LT; 13º/1 Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, Lei da Televisão – LT). Num caso e noutro, a sujeição a licença do acesso e exercício daquela actividade apenas está submetida a concurso quando haja utilização do espectro radioeléctrico terrestre. Com efeito, quando isso não aconteça, o acesso à actividade faz-se por meio de autorização (17º/1 LR; 13º/4 LT), ou, quando seja feito exclusivamente através da Internet, por simples registo (17º/3 LR; 13º/8 LT). A questão poderia suscitar dúvidas de constitucionalidade à luz de uma interpretação literal do art. 38º/7 da Constituição; existe, contudo, algum consenso no sentido de o comando constitucional apenas se aplicar ao acesso à actividade de radiodifusão e televisão exercida com base num bem público escasso – o espectro radioeléctrico[2]. É

[1] Acerca da relevância do art. 7º do RGAPP na fundamentação de um princípio de concorrência na atribuição das utilidades sobre bens públicos, ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Contrato público e domínio público*, in PEDRO GONÇALVES (Coord.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. I, Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2008, pp. 831-892.

[2] Cf. sobre isto J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 591; GONÇALO COELHO, *O licenciamento da televisão digital terrestre à luz do art. 38º, nº 7, da Constituição da República Portuguesa*, in AA/VV, *Estudos em*

interessante notar que o art. 38º/7 da CRP constitui uma das escassas referências constitucionais à figura do concurso – só em matéria de função pública (art. 47º), acesso a determinados cargos da magistratura (art. 215º) e alienação das participações sociais (art. 290º) encontrando paralelos na lei fundamental.

Manifesta-se aqui o carácter distributivo da figura do concurso, que aliás não se restringe aos procedimentos de atribuição de licenças, mas igualmente à concessão de apoios a fundo perdido (subvenções) na área[3]. Tal procedimento tem vindo a ser preferido, não só a nível nacional, mas também comunitário (v. Directiva Serviços), na atribuição de licenças que permitam o exercício de actividades económicas[4]; note-se, para o caso da televisão, que esta actividade é desde o acórdão *Sacchi* de 1974 do Tribunal de Justiça considerada a prestação de um serviço – sujeita, portanto, às regras sobre a liberdade de circulação de serviços, precisamente a consideração que esteve na base da chamada *Directiva Televisão sem Fronteiras*, posteriormente alterada pela *Directiva Serviços de Audiovisuais*[5].

2. FASE INICIAL DO PROCEDIMENTO

2.1. Competência para abertura do concurso e aprovação das peças

---

Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia, Vol. II, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, 2010, pp. 347-371. Tem muito interesse, ainda, a exposição de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 209 ss.; contudo, o Autor escrevia ainda numa época na qual o espectro hertziano era o meio exclusivo de radiodifusão.

[3] O art. 13º da LR contém uma referência à atribuição dos incentivos públicos à actividade local de rádio, que "deve obedecer, sob pena de nulidade, aos princípios da publicidade, da objectividade, da não discriminação e da proporcionalidade".

[4] Não obstante, cabe notar que as actividades de rádio e audiovisuais são expressamente excluídas do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho (transposição da directiva serviços) – art. 3º/3/f). Já o considerando 11 da directiva vai no sentido da salvaguarda da protecção da diversidade nos meios de comunicação social, e a exclusão é depois confirmada no articulado da directiva – art. 2º/2/g).

[5] MERCEDES MUÑOZ SALDAÑA, *El futuro jurídico de la televisión desde una perspectiva europea*, Madrid: Marcial Pons, 2006, 113 ss.; BALLE, *Médias…* 433 ss.; EMMANUEL DERIEUX, *Droit Européen et International des Médias*, Paris: L.G.D.J., 2003, 123 ss.; cf. ainda a referência de EDUARDO PAZ FERREIRA, *Serviços de interesse económico e europa social: o caso das telecomunicações*, in AA/VV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, vol. IV, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Coimbra Editora, 2010, pp. 603 ss. (610).

O procedimento de concurso é "aberto" por portaria do membro do Governo responsável pela comunicação social no caso de licenciamento de canais abertos (15º/1 LT) ou conjunta dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da comunicação social e comunicações, quer nos casos de canais de televisão de acesso não condicionado com assinatura e condicionado (16º/1 LT) e de canais de rádio (19º/1 LR). As mesmas entidades têm competência para aprovar o regulamento de concurso e o caderno de encargos.

No caso da atribuição de direitos de utilização de frequências, a lei opera uma distinção. No caso de ser a primeira vez que a frequência a atribuir esteja acessível, pela primeira vez, no âmbito das comunicações electrónicas, ou já estando disponível mas destinando-se a novos serviços, compete ao Governo (i.e, aos membros do Governo competentes na área) aprovar o regulamento do procedimento de atribuição; nos casos em que assim não suceda, a entidade competente é o ICP-ANACOM (art. 35º/4 e 5 LCE).

2.2. Conteúdo das peças

O regulamento de concurso contém, além das normas relativas à respectiva tramitação (cf. 15º/2 a 7 e 16º/6 LT; 19º/2 a 6 e 9 LR):

- as coberturas territoriais, tipologia dos canais e número de horas de emissão, aspectos que devem ser fundamentados em atenção à gestão óptima do espectro radioeléctrico e ao interesse público (15º/2 e 16º/2 LT);
- as condições de admissão de candidaturas;
- a indicação da documentação que deve acompanhar as candidaturas;
- os critérios de graduação das candidaturas, bem como as respectivas *densificação* e *ponderação relativa*;
- valor da caução e respectivo regime de liberação.

Deve sublinhar-se aqui a especificidade, quer das condições de admissão, quer dos critérios de graduação de candidaturas. Com efeito, umas e outros estão norteados pelas particulares exigências da actividade: cf. arts. 15º/4 e 16º/4 LT e 19º/3 LR; e isso significa, por um lado, que há uma particular atenção à salvaguarda do *pluralismo*, e por outro, que existe um sério e rigoroso controlo do cumprimento da *proporcionalidade* no estabelecimento das condições de admissão e critérios de selecção[6].

Por outro lado, como se verá melhor adiante, o modelo de dois reguladores do audiovisual – um regulador para a infra-estrutura e um regulador para os conteúdos – leva a que os diferentes aspectos das condições de admissão e dos critérios de selecção acabe por exigir a participação de cada regulador *em relação a cada aspecto da análise da candidatura,* o que torna os procedimentos relativamente complexos quanto à sua instrução e decisões finais, como veremos.

O caderno de encargos, por sua vez, contém as obrigações e condições de exercício da actividade (15º/8 e 16º/7 LT; 19º/10 LR).

2.3. Condições de admissão

Disse-se acima que as condições de admissão são específicas. Com efeito, as condições de admissão encontram-se norteadas pela salvaguarda do pluralismo na comunicação social, o que tem consequências, particularmente quanto ao controlo do cumprimento dos princípios da *igualdade* e da *proporcionalidade* no estabelecimento

[6] Como o próprio Tribunal Constitucional já teve oportunidade de afirmar: cf. os importantes acórdãos n.ºs 645/98 (Luís Nunes de Almeida), proc. 727/96, e 16/99 (Maria Fernanda Palma), proc. 817/96 (disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt). Nessas ocasiões o Tribunal censurou como inconstitucionais, por violação do princípio da igualdade (e da proporcionalidade, embora não expressamente invocado), normas (no caso, do art. 7º/1/b) do Decreto-Lei n.º 338/88, de 28 de Setembro) que estabeleciam como condição de *preferência absoluta* na atribuição das licenças a existência, na empresa concorrente, de profissionais de comunicação social. O Tribunal admitiu que até poderiam existir razões que dessem preferência às empresas com profissionais da comunicação social, com base no pressuposto de que teriam melhores condições de prestar um serviço de qualidade, mas acabou por chegar ao juízo de inconstitucionalidade na medida em que se tratava de uma preferência *absoluta*, independente de qualquer juízo de comparação concreta com outras empresas, e que por isso o Tribunal considerou um privilégio *arbitrário* (porque exclusivamente *corporativo*). Cf., no entanto, com muito interesse, a declaração de voto do Conselheiro Paulo Mota Pinto no acórdão 16/99, que entendia ser possível fazer interpretação conforme à Constituição.

de restrições à participação, analogamente ao que já se viu sobre os próprios critérios de selecção de candidaturas.

O art. 9º da LR prevê expressamente um caso particular: os concursos para atribuição de frequências destinadas a serviços de programas académicos. Apenas podem candidatar-se entidades participadas por instituições do ensino superior e associações de estudantes da área geográfica correspondente às frequências a atribuir (art. 9º/2). Neste caso, havendo pluralidade de candidaturas, os critérios de selecção são: "a diversidade e a criatividade do projecto, a promoção do experimentalismo e da formação de novos valores, a capacidade de contribuir para o debate de ideias e de conhecimentos, bem como a de fomentar a aproximação entre a vida académica e a população local, e ainda a cooperação institucional alcançada pelas entidades signatárias do projecto" (art. 9º/3). Trata-se de serviços de programas que não podem ser financiados por publicidade comercial ou patrocínio (apenas publicidade institucional) – art. 9º/4, e podem não funcionar durante 24 horas por dia (art. 38º, *ex vi* art. 9º/5).

2.4. Formalidades prévias à aprovação definitiva das peças

A aprovação das peças do procedimento tem dois trâmites prévios que reflectem, de algum modo, o carácter especialmente sensível dos objectos concursais em questão.

Com efeito, as peças (regulamento e caderno de encargos) são sujeitas a parecer prévio da ERC e da ANACOM (15º/9 e 16º/8 LT; 19º/11 LR). Após essas consultas, os projectos de regulamento são submetidos a consulta pública de 30 dias (15º/9 e 16º/8 LT; 19º/11 LR), o que deve significar que no preâmbulo do regulamento, quando definitivamente aprovado, deverá fazer-se menção quer à consulta daquelas entidades, quer à apreciação pública (arts. 117º/2 e 118º/3, ambos do CPA).

O interesse destes regimes encontra-se no facto de, como se vê, o regime destes regulamentos se aproximar mais claramente do regime geral do regulamento administrativo (arts. 114º ss. CPA). Esse regime poucas vezes é seguido quando estamos perante regulamentos *concursais* – veja-se, designadamente, o regime da

aprovação das peças procedimentais em procedimentos abrangidos pela parte II do CCP, que não contém qualquer menção a tais formalidades, e isto apesar de a própria lei qualificar expressamente como regulamentar o programa de procedimento (art. 41º CCP).

2.5. Publicitação da abertura do concurso

A lei não se refere expressamente ao modo de publicitação da abertura dos concursos. Isso sucede porque ao impor que é por *portaria* (ou por *regulamento* do ICP-ANACOM, em alguns casos, como se viu) que os concursos são abertos, está garantida a publicidade no *Diário da República*. A confirmá-lo, a indicação da lei segundo a qual o prazo de patenteamento das peças procedimentais se conta, precisamente, a partir da data da *publicação* da portaria que abre o concurso (15º/8 e 16º/7 LT; 19º/10 LR).

3. FASE DE APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE CANDIDATURAS

3.1. Competências para instrução e análise

A decisão sobre a atribuição das licenças de actividade de televisão e rádio envolve considerações sobre aspectos como a qualidade da programação, a salvaguarda de direitos e liberdades fundamentais como a liberdade de expressão, a liberdade de informação, que caem na esfera de competências da ERC; mas envolve também, por outro lado, considerações, se assim se pode dizer, "técnicas", sobre requisitos técnicos de funcionamento, interconexão, etc..

Deste modo, não surpreende que a instrução e análise das candidaturas nos concursos em apreço se oriente de acordo com a intrincada teia de regulação presente nas actividades de televisão e rádio.

Assim, nos concursos relativos ao licenciamento de canais abertos de televisão, a entidade competente para a instrução é a ERC, emitindo a ANACOM parecer no que

respeita às condições técnicas das candidaturas (17º/1 LT). Já os concursos relativos ao licenciamento de canais de acesso condicionado ou não condicionado com assinatura são, pelo contrário, instruídos pela ANACOM, que no entanto submete à ERC a "verificação" do "preenchimento das condições de admissão das candidaturas que respeitem à sua competência" (17º/2 e 3 LT).

Quanto à actividade de rádio: no licenciamento de rádios nacionais ou regionais a instrução cabe à ERC, que no entanto submete "a decisão" da ANACOM as questões relativas a condições de admissão e graduação das candidaturas que digam respeito às suas competências (19º/7 e 22º/1 LR); já quanto às rádios locais, a instrução compete à ERC, mas com parecer vinculativo da ANACOM quanto às condições técnicas das candidaturas (19º/8 e 22º/2 e 3 LR). É sem dúvida extremamente subtil a diferença entre submeter algo a decisão e submeter algo a parecer vinculativo. Se se compreende que o que justifica a intervenção da ANACOM é o facto de ser essa a entidade com competência regulatória em aspectos *técnicos*, não se compreende inteiramente o porquê da diferença da forma de intervenção (mais formal do que real, certamente) entre as duas situações. A diferença menos se compreende quando nos apercebemos que o seu critério é exclusivamente o do âmbito *territorial* (nacional ou regional, num caso, local, no outro) da estação a licenciar – cabendo perguntar se há alguma diferença essencial na forma e no rigor da aferição do cumprimento de requisitos técnicos de operação consoante a rádio seja nacional, regional ou local.

O regime assim definido faz com que se torne necessário atribuir a cada uma das entidades reguladoras poderes de decisão (ou pronúncia vinculativa) em relação ao preenchimento das condições e à avaliação dos critérios de graduação de candidaturas.

3.2. Apresentação e saneamento de candidaturas

Os modelos concursais consagrados pelas Leis da Televisão e da Rádio passam ao lado daquelas que poderíamos identificar como as duas maiores *inovações* do enquadramento jurídico actual em matéria de procedimentos adjudicatórios para a celebração de contratos públicos.

A Lei não prevê, por um lado, a possibilidade de apresentar candidaturas por via electrónica (o que implica também a opção por manter uma formalidade dirigida à abertura das propostas: o tradicional acto público – 15º/8 e 16º/7 LT; 19º/10 LR, que expressamente se referem a tal formalidade). Se a opção seria compreensível para a LT (de 2007), não parece sê-lo no tocante à LR, publicada em 2010, e que poderia, deste modo, ter promovido alguma unificação das regras em sede de procedimentos adjudicatórios. De todo o modo, pensamos que o facto de não existir previsão legal quanto a este aspecto não impossibilita a aplicação das actuais soluções de comunicação em suporte electrónico aos procedimentos em questão. Uma remissão para o Código dos Contratos Públicos e para a legislação complementar (Decreto-Lei n.º 143-A/2008, particularmente) parece resolver as lacunas que existirão nessa eventualidade.

Por outro lado, ambos os diplomas consagram um sistema de habilitação documental *no próprio concurso*, ou seja, resulta claramente da lei que todos os candidatos (e não apenas o(s) adjudicatário(s), como é a solução do CCP) devem apresentar toda a documentação exigida para a comprovação do preenchimento das condições de admissão, o que torna necessária a figura do acto público.

Aspecto relevante que, esse sim, encontra previsão nos diplomas em estudo é a possibilidade (que parece dever ser entendida como *poder-dever*) de solicitar aos candidatos o saneamento das respectivas candidaturas, em caso de "insuficiência" das mesmas, no prazo máximo de 15 dias (17º/5 LT; 22º/4 LR).

Estas últimas normas devem, claro, ser articuladas com os princípios vigentes em sede de procedimentos adjudicatórios, o que leva à conclusão de que as "insuficiências" susceptíveis de correcção são limitadas àquelas que não permitam ao concorrente ganhar qualquer vantagem sobre os demais, podendo a este respeito chamar-se à colação quer os princípios da igualdade e da concorrência (art. 1º/4 do CCP), quer o regime do art. 72º do CCP, aplicáveis subsidiariamente, como se verá adiante. Reconhecendo esta necessidade de distinguir entre as insuficiências da candidatura que são supríveis sem dano para a igualdade de tratamento e a concorrência, os regulamentos concursais nesta área têm previsto, adequadamente, as devidas ressalvas: tanto o art. 11º/3/e) do Regulamento n.º 95-A/2008 como o art.

11º/3/e) da Portaria n.º 207-A/2008 (concursos televisão digital terrestre) se referem ao facto de a possibilidade de notificação para suprimento depender de as insuficiências serem "consideradas supríveis"[7].

Cabe ainda sublinhar uma aparente diferença entre os regimes a propósito deste último aspecto: enquanto a LT estabelece que a notificação para suprimento ocorre nos 15 dias posteriores à "recepção" (das candidaturas, supõe-se), a LR não estabelece qualquer prazo para a entidade com competência de instrução levar a cabo essa notificação.

4. FASE DE DECISÃO

4.1. Decisões finais do procedimento

A decisão final de atribuição ou não atribuição de licença é sempre da competência da ERC (18º/1 LT e 23º/1 LR), embora, como se viu, em alguns casos haja a considerar intervenções vinculativas por parte da ANACOM, relativamente a uma parte das questões a apreciar no procedimento. Tal decisão final é sempre fundamentada por referência às condições de admissão e aos critérios de graduação, e é precedida de audiência prévia, à qual a lei apenas se refere incidentalmente (18º/3 LT e 23º/2 LR).

Tal como sucede agora para os procedimentos de adjudicação de contratos públicos no regime do CCP, existe um prazo para finalização do procedimento, que é de 90 dias (17º/7 LT; 22º/6 LR). O prazo é bastante superior ao estabelecido para os procedimentos de autorização (30 dias), correspondendo à diferença de actividade instrutória num caso e noutro.

É discutível, porque a lei não é inequívoca, qual o termo inicial deste prazo de decisão do procedimento. A solução do CCP, que tem a vantagem da certeza, é a de contar esse prazo a partir do termo do prazo de entrega das propostas (art. 65º CCP). No entanto, confrontando os regimes da LT e da LR é duvidoso se o legislador não quis

[7] Mas já não o faz, estranhamente, o art. 10º/3/e) da Portaria n.º 1239/2008. Porém, a solução tem de ser a mesma, atendendo aos princípios gerais em matéria de procedimentos adjudicatórios.

que o prazo contasse a partir de um eventual acto de admissão (ou exclusão) das candidaturas, pois quer o 17º/7 da LT quer o 22º/6 da LR fazem menção, no primeiro caso, ao suprimento de eventuais insuficiências, e no segundo caso, à admissão de candidaturas. A melhor solução, que não parece ser afastada pela letra ou pelo espírito da lei, é em nosso entender a de contar o prazo em questão do acto público do concurso, se existir (isto é, se não houver apresentação de propostas em suporte electrónico, porque se houver, o acto público não ocorre): qualquer outra solução permitiria, na prática, à própria entidade pública arrastar o procedimento por tempo indefinido, já que não há regras sobre a demora na aferição do preenchimento das condições.

O procedimento pode não terminar com uma decisão de adjudicação (e portanto com a atribuição de licença). Com efeito, caso uma candidatura seja excluída, essa é a decisão final do procedimento para essa candidatura (e até pode sê-lo *tout court,* se essa era a única candidatura). Os regimes em apreciação prevêem a decisão fundamentada de exclusão de uma candidatura, em caso de não cumprimento das condições de participação (art. 17º/6 LT; art. 22º/5 LR). Num aspecto que a nosso ver é de duvidosas legalidade e constitucionalidade, tem sido estabelecida, nos concursos que analisamos, a necessidade de prestação de caução *com a apresentação de candidatura* (a chamada *caução provisória*), para mais em valores absolutamente desproporcionais[8], e com uma previsão, essa já notoriamente inconstitucional e ilegal, de *perda total de caução provisória* em caso de exclusão da candidatura por não cumprimento de alguns dos requisitos (cf. art. 5º/4 do Regulamento n.º 95-A/2008; art. 5º/4 da Portaria n.º 207-A/2008).

É duvidoso se deve autonomizar-se a decisão de exclusão de candidaturas na tramitação do procedimento, ou se ela será simplesmente sujeita a audiência prévia juntamente com a proposta de adjudicação. A solução mais curial, em contexto de existência de acto público (era também a solução dos Decretos-Leis n.ºs 59/99, de 2 de Março, e 197/99, de 8 de Junho), deve ser esta: caso haja exclusão da proposta por razões formais, durante o acto público, há prática de um acto autónomo, que pode ser

[8] Por exemplo: art. 5º da Portaria n.º 207-A/2008, que estabeleceu uma caução provisória de 750.000€, quando a caução definitiva (com a atribuição) era de 2.500.000€. Ou seja, a caução provisória correspondia a *mais de um quarto do valor da caução definitiva*.

desde logo impugnado; no entanto, se a insuficiência da proposta é detectada posteriormente (por exigir uma apreciação dos documentos da candidatura), a consequência deveria ser, simplesmente, a não graduação da candidatura e a sujeição da proposta de exclusão a audiência prévia, juntamente com a audiência prévia do relatório final e proposta de adjudicação.

Note-se, contudo, que na ausência de indicações decisivas da lei, não tem sido esta a prática adoptada nos regulamentos concursais aprovados ao abrigo do enquadramento legal que consideramos – assim, o confronto dos arts. 11º e 15º do Regulamento aprovado pela Portaria n.º 1239/2008 (concurso do "quinto canal") permite perceber que primeiro ocorre a decisão de admissão ou exclusão, que é notificada aos candidatos e submetida a audiência prévia, e que só a partir daí começa a contar o prazo para a prática do acto de decisão final do procedimento.

4.2. Caducidade/revogação da adjudicação e nova adjudicação

Os diplomas mencionados não contemplam casos de caducidade ou revogação da decisão de atribuição da licença e nova atribuição a outro candidato, por não cumprimento dos compromissos. Essa solução, como se sabe, foi adoptada pelo CCP[9].

No entanto, os regulamentos dos diversos concursos que têm sido promovidos na área têm incluído essa previsão, em casos de não prestação da caução por motivos imputáveis aos candidatos: cf. art. 18º/3 do Regulamento n.º 95-A/2008, do ICP-ANACOM, e art. 17º/4 da Portaria n.º 207-A/2008. A forma como isso aparece reflectido nestas normas apresenta as duas características que resultam também do CCP e que contrastam com o regime da lei anterior (o do art. 56º/2 do Decreto-Lei n.º 197/99): a obrigatoriedade de escolher a candidatura que tinha sido ordenada depois da candidatura objecto de revogação (por oposição à atribuição de uma *faculdade* à entidade competente), e a possibilidade de *esta nova adjudicação ocorrer tantas vezes quantas forem necessárias* (já que as normas se referem à candidatura ordenada *em*

[9] Sobre a figura, considerando o regime do CCP, BERNARDO AZEVEDO, *Adjudicação e celebração do contrato no Código dos Contratos Públicos*, in PEDRO GONÇALVES (Coord.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. II, Coimbra: CEDIPRE, 2010, pp. 223-271; LUÍS VERDE DE SOUSA, *A negociação pós-adjudicatória dos atributos da proposta*, in PEDRO GONÇALVES (Coord.), *Estudos de Contratação Pública*, vol. III, Coimbra: CEDIPRE, 2010, pp. 261-337.

lugar subsequente e não à ordenada *em segundo lugar,* como acontecia com o art. 56º/2 do Decreto-Lei n.º 197/99).

Já a mesma previsão não ocorre em caso de revogação da licença por não cumprimento, pelo titular, da obrigação de iniciar a actividade licenciada num certo espaço de tempo após a decisão (doze meses, para a actividade de televisão: art. 20º LT; seis meses, para as estações de rádio: art. 25º/1 LR). *De jure condendo*, poderia ser interessante (desde logo, do ponto de vista da *eficiência da actividade administrativa*) que nesse tipo de situação a *concorrência havida* no procedimento pré-contratual pudesse ser *aproveitada,* "repescando-se" o candidato classificado em lugar subsequente. Com efeito, tendo em conta que nessas situações ainda não decorreu muito tempo sobre o concurso e ainda não houve início da actividade licenciada, estão reunidas as condições para que os outros candidatos possam conseguir montar o projecto aí onde o (primeiro) adjudicatário não conseguiu fazê-lo.

5. A PARTE II DO CÓDIGO DOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO REGIME SUBSIDIÁRIO

Como resulta facilmente apreensível do confronto com as normas dedicadas à atribuição concursal de licenças no sector do audiovisual, as mesmas combinam duas características: a sua incompletude (isto é, a não regulação de todos os aspectos equacionáveis como pertencendo a uma regulação completa da tramitação dos concursos em causa) e a ausência de uma norma que identifique claramente o regime pré-contratual aplicável *a título subsidiário*, onde as normas não resolvam problemas que careçam de solução.

Esta situação exige uma resposta caso a caso, porque não existe, no ordenamento jurídico nacional, um regime geral aplicável a todos os procedimentos adjudicatórios concorrenciais na ausência de regras especiais.

Com efeito, o Código do Procedimento Administrativo regula o procedimento administrativo em atenção apenas à forma de actuação (acto ou regulamento administrativo, revogado que foi o capítulo relativo ao contrato administrativo), mas não contém diferenciação consoante o tipo de acto ao qual o procedimento é dirigido

– neste caso, um acto que *selecciona o beneficiário de uma vantagem, na sequência de um processo que envolve comparação entre vários potenciais beneficiários*. Por outro lado, o Código dos Contratos Públicos regula na sua parte II a formação de *contratos públicos,* definição na qual não cabem os actos que aqui consideramos – concebidos pelo ordenamento jurídico como *licenças.*

Contudo, em nosso entender, há boas razões para considerar o Código dos Contratos Públicos como uma fonte de normas que podem ser aplicadas em sede de procedimentos concursais de atribuição das licenças que aqui temos em conta, nos casos onde essa aplicação seja necessária ou útil[10].

A principal dessas razões é o art. 1º/3 do CCP, que manda aplicar as suas regras sobre formação ("com as necessárias adaptações") aos actos unilaterais que atribuam benefícios "em substituição da celebração de um contrato público". Embora a formulação da norma seja susceptível de causar algumas dúvidas, o seu centro é claramente a ideia de uma aplicação matizada das soluções da parte II, na medida em que sejam pertinentes, aos procedimentos que visam, no fundo, a criação de uma situação *em grande medida idêntica* à da celebração de um contrato público. Ora, é exactamente isso que acontece quando se atribui direitos de utilização de frequências e licenças de exercício das actividades de televisão e rádio. Em qualquer dessas situações, o beneficiário do acto unilateral fica colocado numa situação jurídica, temporalmente delimitada (os títulos têm vigência de 15 anos), em que deve cumprir certas obrigações sob pena de possível revogação do acto; situação, no entanto, que lhe permite um aproveitamento económico do bem. Ou seja, fica colocado numa situação funcionalmente equivalente à de co-contratante num contrato público (mormente, de um contrato público de feição aproximada da concessão).

Esta conclusão, no entanto, coloca-nos uma dúvida séria. É que, como se sabe, o Decreto-Lei n.º 18/2008, que aprovou o CCP, contém, no seu art. 14º/3, uma norma de revogação global, que é acessória da intenção codificadora do legislador. A pergunta

[10] Há, com efeito, diversos pontos do regime dos concursos que analisamos em relação aos quais podem ser aplicadas, com benefício, soluções do CCP. Desde logo e com enorme relevância, a aplicação qualificada dos princípios da transparência, igualdade e concorrência (art. 1º/4), mas também, por exemplo, as regras sobre rectificação das peças e erros e omissões do caderno de encargos (arts. 50º e 61º CCP), prorrogação de prazos (art. 64º), classificação de documentos (art. 66º), pressupostos de repetição de audiência prévia (arts. 148º/2 e 186º/2), e outros.

que se coloca, pois, é a de saber se o Código não terá revogado as normas (as da Lei da Televisão, anterior ao CCP) que regulam – de uma forma ainda largamente *tradicional*, como vimos – os concursos para atribuição de licenças.

Aparentemente, o legislador dá mostras de não ter sido essa a sua intenção. De outro modo, não se compreenderia como é que na Lei da Rádio, de 2010, não foi outro o modelo de concurso adoptado. Dito de outro modo: a insistência, já "pós-CCP", num certo modelo concursal para a atribuição de licenças é um elemento interpretativo no sentido de revelar que o art. 14º/3 do Decreto-Lei n.º 18/2008 poderá ser entendido como dizendo respeito, *em primeira linha,* à legislação avulsa sobre *adjudicação de contratos*, não sendo, *em primeira linha,* dirigido à revogação da legislação avulsa sobre *procedimentos adjudicatórios* em matéria de atribuição de licenças. A forma como as coisas têm sucedido nesta área confirma, diga-se que a norma revogatória do art. 14º/3 tem sido, certamente, das normas menos eficazes editadas pelo legislador nos últimos anos[11].

[11] Veja-se, nomeadamente, a interpretação que dela faz RUI MEDEIROS, *Âmbito do novo regime da contratação pública à luz do princípio da concorrência*, *in Cadernos de Justiça Administrativa*, 69, (Maio/Junho), 2008, pp. 3-29.