

Projecto de Decisão
de revogação da licença para o fornecimento de uma rede de radiodifusão
sonora digital terrestre (T-DAB)

1. O pedido apresentado pela RTP

Por carta recebida no ICP-ANACOM em 9 de Fevereiro de 2011, a Rádio e Televisão de Portugal, SA (RTP) expõe e comunica, em síntese, o seguinte:

- Na sequência de concurso, foi atribuída à Radiodifusão Portuguesa, SA, empresa actualmente denominada Rádio e Televisão de Portugal, SA, a licença ICP nº 004/99-RPT, de âmbito nacional, para o estabelecimento e fornecimento de uma rede de radiodifusão sonora digital terrestre (T-DAB) que assegure uma cobertura de âmbito geral.

Nos termos da licença e do Regulamento de Exploração, a ora RTP, enquanto operadora da rede T-DAB, estava obrigada ao cumprimento de um plano faseado que, em resumo, previa a instalação de 74 emissores, cobrindo a totalidade do território continental até ao final de 2004 e as Regiões Autónomas até final de 2006. Adicionalmente, estava ainda vinculada ao cumprimento de um conjunto de obrigações que, essencialmente, decorreriam da oferta comercial da capacidade da rede. No entanto, nunca foi publicado qualquer diploma que estipulasse as regras de acesso à rede T-DAB.

- Quanto à obrigação de cobertura, a RTP declara que dos 74 emissores previstos apenas instalou 44 (28 emissores no Continente, 9 na RA dos Açores e 7 na RA da Madeira), que correspondem a uma taxa de cobertura de 72% do território e 74% da população, sendo que a instalação de novos emissores tem estado principalmente condicionada pela viabilidade deste sistema conjugada com a reduzida capacidade de investimento.
- A RTP invoca que, não obstante os significativos investimentos que perfazem um total de €6.300.000,00, a realidade é que poucos portugueses aderiram ao sistema T-DAB, o que a leva a ponderar que a alocação de recursos a esta operação não preenche os requisitos de eficácia e de boas práticas inerentes à gestão dos dinheiros públicos.

- As razões que podem explicar o pouco sucesso desta operação são, no entender da RTP, as seguintes: (i) o preço dos receptores que impediu, de início, a massificação na aquisição; (ii) não terem sido definidas as condições de acesso à rede T-DAB; e (iii) os operadores privados nunca mostraram interesse em se associar à RTP nesta plataforma.

- A RTP transmite que não deixou de equacionar a possibilidade de reinvestir na rede, tendo ponderado os seguintes factores: (i) quanto ao sistema de codificação e multiplexagem, o equipamento existente tem mais de 12 anos de uso, está obsoleto e o fabricante já não existe, pelo que não subsiste qualquer suporte de assistência e manutenção; e (ii) quanto aos emissores DAB, estes têm entre 8 e 12 anos de serviço, necessitando ser renovados.
A exploração da operação representa actualmente um custo anual de €331.785,00 e a RTP alega que para a continuidade da operação teria que, obrigatoriamente, renovar a rede o que implicaria investimentos adicionais avultados.

- A dimensão dos custos de exploração envolvidos e a necessidade urgente de investimento conjugadas com a constatação de que o futuro da radiodifusão sonora digital utilizará versões evoluídas da tecnologia T-DAB e face ao reduzido número de ouvintes (essencialmente da Antena 2) que usa esta rede, determinam a decisão da RTP de terminar a operação T-DAB.

- A RTP entende que esta decisão não acarretará elevadas consequências, tanto mais que os ouvintes que utilizam a rede T-DAB continuarão a ser servidos pela rede de FM uma vez que, habitualmente, os equipamentos T-DAB também recebem FM.
Mais invoca que qualquer eventual transtorno decorrente desta decisão está justificado pelos avultados custos que esta operação comporta e que põem em causa uma eficiente gestão de recursos públicos afectos à RTP, que assume especial relevância num quadro de rigorosa exigência de contenção orçamental.

- A RTP declara que irá proceder à comunicação pública desta decisão que, sem prejuízo de outras acções que venham a ser pertinentes, decorrerá do seguinte modo: (i) colocação de anúncios em todos os serviços de programas de rádio da RTP; (ii) colocação de informação detalhada nas páginas Web da RTP; e (iii)

disponibilização de *press release* explicativa às redacções dos principais órgãos de comunicação social.

A RTP perspectiva o fim da operação T-DAB para o dia 1 de Abril de 2011, sendo o plano posto em prática, pelo menos, com 45 dias de antecedência.

2. Enquadramento

2.1. A licença T-DAB da RTP enquanto direito de utilização de frequências

Por despacho de 11 de Fevereiro de 1999, do então Ministro do Equipamento, Planeamento e da Administração do Território (MEPAT), proferido nos termos do nº 2 do artigo 17º do Regulamento do Concurso anexo à Portaria nº 470-B/98, de 31 de Julho, e na sequência do concurso para a atribuição de uma licença, de âmbito nacional, para o estabelecimento e fornecimento de uma rede de radiodifusão sonora digital terrestre, T-DAB, que assegure a realização de uma cobertura de âmbito geral, foi atribuída a referida licença à Radiodifusão Portuguesa, SA (RDP), actualmente, RTP, para utilização da faixa de frequências 224,880 – 226,416 MHz.

Nos termos do artigo 14º do, já revogado, Decreto-lei nº 381-A/97, de 30 de Dezembro, e ao abrigo do nº 1 do artigo 19º do Regulamento do Concurso, o ICP-ANACOM, em 8 de Junho de 1999, emitiu o respectivo título de licenciamento.

Disponha o artigo 3º do referido Decreto-Lei nº 381-A/97 que *“os actos de registo e a atribuição de licenças competem ao Instituto das Comunicações de Portugal (ICP), salvo quando envolvam a atribuição de frequências no âmbito de concurso, cabendo, neste caso, ao membro do Governo responsável pela área das comunicações a atribuição das licenças”*.

O MEPAT atribuiu assim à, então, RDP uma licença para a utilização de frequências T-DAB na faixa dos 224,880 – 226,416 MHz, homologando a proposta de atribuição da Comissão nomeada para, designadamente, elaborar a lista classificativa das propostas apresentadas ao respectivo concurso público, conforme previsto no artigo 17º do Regulamento do Concurso aprovado em anexo à Portaria nº 470-B/98, de 31 de Julho.

Foi, pois, o membro do Governo responsável pela área das comunicações o autor do acto administrativo, traduzido na atribuição de uma licença à RDP.

Em 2004 entrou em vigor a Lei das Comunicações Electrónicas (Lei nº 5/2004, de 10 de Fevereiro – LCE) que veio estabelecer o regime jurídico aplicável às redes e serviços de comunicações electrónicas e aos recursos e serviços conexos e definir as competências da autoridade reguladora nacional nesse domínio, revogando expressamente, entre outros, o citado Decreto-Lei nº 381-A/97.

Nos termos do regime em vigor, a oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas, acessíveis e não acessíveis ao público, está sujeita ao regime de autorização geral, o qual consiste no cumprimento das regras previstas na LCE e nos regulamentos aprovados pelo ICP-ANACOM em sua execução.

Adicionalmente, a utilização de frequências está dependente da atribuição de direitos de utilização, na medida em que tal esteja previsto no Quadro Nacional de Atribuição de Frequências (QNAF). Nos termos do artigo 16º da LCE compete ao ICP-ANACOM publicar anualmente o QNAF, o qual deve conter, nomeadamente, as faixas de frequência e o número de canais já atribuídos às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público, incluindo a data de revisão da atribuição.

Neste contexto, desde Maio de 2005 (data da primeira publicação do QNAF na vigência da LCE¹), que a RDP figura, no capítulo da publicitação das utilizações (vd. pág. 159), como detendo um direito de utilização de frequências, na faixa 224,880 – 226,416 MHz, para o serviço de radiodifusão sonora digital por via terrestre (T-DAB), o que se mantém, naturalmente, na actual versão do QNAF, apenas com a alteração para RTP.

Assim sendo, não obstante o ICP-ANACOM não ter procedido *oficiosamente* à reconfiguração da licença T-DAB da RDP, conforme prevê o artigo 121º da LCE, dúvidas não subsistem que no actual quadro legal a, ora, RTP é titular de um direito de utilização de frequências, cujo prazo termina a 8 de Junho de 2014, conforme previsto no QNAF.

¹ <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=404770>

A comunicação da RTP configura assim um pedido de revogação do acto de atribuição do, agora, direito de utilização de frequências, ou seja, a revogação de um acto administrativo válido.

2.2. Revogação de actos administrativos válidos - competência do ICP-ANACOM para a revogação e interessados

É, assim, à luz do regime da revogação de actos administrativos válidos, previsto no Código do Procedimento Administrativo (CPA), que o presente pedido deve ser analisado. Esta figura consiste numa «*decisão administrativa dirigida à cessação dos efeitos de outra decisão administrativa prévia, por se entender que os efeitos desta não são convenientes, não representam uma maneira adequada de prosseguir o interesse público em causa (...)*».

O CPA dispõe no seu artigo 140º que os actos administrativos são livremente revogáveis excepto i) quando a sua irrevogabilidade resultar de vinculação legal, ii) forem constitutivos de direitos ou iii) deles resultem para a administração obrigações legais ou direitos irrenunciáveis. No caso de os actos serem constitutivos de direitos, como é aqui o caso, os actos só podem ser revogados na parte em que forem desfavoráveis aos interesses dos destinatários ou quando todos os interessados derem a sua concordância à revogação e não se trate de bens indisponíveis.

Antes de mais importa saber qual é a entidade competente para proceder à revogação do acto.

Nos termos do nº 1 do artigo 142º do CPA, na ausência de disposição especial que atribua a entidade diversa competência para o efeito, é competente para a revogação de um acto administrativo o seu autor. No entanto, no actual regime legal a atribuição de direitos de utilização de frequências compete ao ICP-ANACOM (vd. art. 19º, nº 3 e 36º da LCE)², ou seja, cabe hoje ao ICP-ANACOM o poder de atribuir os direitos de

² Ao membro do Governo compete aprovar os regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências sempre que envolva procedimentos de selecção concorrenciais ou por comparação, e se refiram a frequências acessíveis pela primeira vez, no âmbito das comunicações electrónicas ou, não o sendo, se destinem a ser utilizados para novos serviços (art. 35º, nº 4 da LCE). Nos restantes casos,

utilização de frequências, mesmo nos casos em que essa atribuição é precedida por um procedimento de selecção, nomeadamente concurso, em que as regras de atribuição são da competência do membro do Governo responsável na área das comunicações. E, sendo assim, cabe também ao ICP-ANACOM o poder de revogar o acto atributivo desse direito³.

Ou seja, a razão pela qual a lei reconheceu o poder revogatório ao autor do acto administrativo reside na ideia de que a competência revogatória é um mero desenvolvimento da competência dispositiva ou primária. Conclui-se, portanto, que a competência para revogar o acto pertence, actualmente, ao ICP-ANACOM.

No caso vertente o pedido de revogação é da iniciativa da RTP, mas importa apurar se existem outros interessados no sentido implícito do artigo 140º do CPA, ou seja, enquanto titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos cuja concordância é necessária para a revogação do acto.

Entende-se que, para efeitos do presente procedimento, os operadores de rádio não são interessados nesta acepção específica, pois não se reconhece que os compromissos assumidos pela RTP na sua proposta, bem como as condições decorrentes da licença, tenham gerado na sua esfera jurídica direitos ou interesses legalmente protegidos, de forma estável, consistente e concreta, que justifiquem a necessidade da sua concordância.

É certo que nos termos da licença ICP nº 04/1999 a RTP está vinculada a um conjunto de obrigações relativas à disponibilização de acesso e utilização da capacidade da sua rede aos designados *radiodifusores T-DAB*, incluindo: i) a obrigação de repartição de cada um dos 3 canais secundários pelos radiodifusores DAB em condições de igualdade, não discriminação e proporcionalidade⁴; ii) os princípios a que o sistema de preços no âmbito da disponibilização da capacidade da rede T-DAB deve obedecer⁵; iii) o preço máximo a cobrar em cada ano de vigência da licença por canal

compete ao ICP-ANACOM aprovar os respectivos regulamentos de atribuição de direitos de utilização de frequências (vd. art. 35º, nº 5 da LCE).

³ Entendimento, aliás, subjacente a outros actos de revogação de direitos de utilização de frequências por parte do ICP-ANACOM (vd. Revogação da licença FWA da Bragatel

<http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=998580> e revogação do direito de utilização de frequências FWA da Broadmedia <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=580042>).

⁴ Cfr. Artigo 6º da Licença.

⁵ Cfr. Artigo 9º, nº 1 da Licença.

secundário⁶; e iv) a obrigação de garantir a transparência e não discriminação no acesso e utilização da capacidade da sua rede por parte dos radiodifusores T-DAB devidamente autorizados, mediante remuneração adequada, nas condições definidas na lei, nos regulamentos de exploração aplicáveis e na licença⁷.

Nos termos do Regulamento de exploração das redes de radiodifusão sonora digital terrestre, que estabelecia as regras de oferta comercial pelo operador de rede e da utilização pelos radiodifusores T-DAB das redes de radiodifusão sonora digital terrestre, aprovado pela Portaria nº 470-C/98, de 31 de Julho⁸, *Radiodifusor T-DAB* é definido como a entidade legalmente habilitada para o exercício da actividade de radiodifusão sonora e para a transmissão das suas emissões através da rede T-DAB.

E embora o referido Regulamento estabelecesse os direitos (nomeadamente, *aceder à rede T-DAB, em condições de igualdade e fiabilidade técnica, através da utilização dos seus canais secundários DAR, nos termos definidos no título que os habilita à utilização daquela rede e respectiva legislação aplicável*⁹) e obrigações¹⁰ destes radiodifusores, a verdade é que deixou para diploma próprio a fixação das regras de acesso à rede T-DAB pelos radiodifusores (cfr. art. 11º do Regulamento de Exploração).

Consistentemente, a anterior Lei da Rádio (Lei da Rádio Lei nº 4/2001, de 23 de Fevereiro) previa no seu artigo 22º (emissões digitais) que *as licenças detidas pelos operadores de radiodifusão analógica constituem habilitação bastante para o exercício da respectiva actividade por via hertziana digital terrestre, nos termos a definir em legislação específica*. E a actual Lei da Rádio (Lei nº 54/2010, de 24 de Dezembro) mantém disposição idêntica, fixando no artigo 85º (rádio digital terrestre) que *as licenças detidas pelos operadores de rádio analógica constituem habilitação bastante para o exercício da respectiva actividade por via hertziana digital terrestre, nos termos a definir em legislação específica*.

Ou seja, decorridos que estão quase 12 anos desde a atribuição da licença, nunca chegou a ser estabelecido o regime legal que permitisse definir quem, de entre os

⁶ Cfr. Artigo 9º, nº 2 da Licença.

⁷ Cfr. Artigo 11º, nº 1, al. e) da Licença.

⁸ <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=958694>

⁹ Cfr. Artigo 5º do Regulamento de Exploração.

¹⁰ Cfr. Artigo 6º do Regulamento de Exploração.

operadores de rádio analógica privados (uma vez que, enquanto operador de rede T-DAB, a RTP garante o acesso e utilização da rede pelos três programas de cobertura nacional do serviço público de radiodifusão sonora actualmente concessionado à própria RTP), e em que condições poderia beneficiar deste acesso à rede T-DAB. E embora se possa supor que, dado o âmbito nacional desta rede, seriam beneficiários naturais do acesso os operadores detentores dessa classificação no âmbito da Lei da Rádio, não considera o ICP-ANACOM que se possa concluir que os compromissos da RTP tenham gerado na esfera jurídica dos mesmos direitos ou interesses legalmente protegidos, de forma estável, consistente e concreta e, conseqüentemente, não os considera como interessados para os específicos efeitos do artigo 140º do CPA.

Numa acepção, mais ampla, de partes interessadas, o ICP-ANACOM reconhece o potencial impacto no mercado da revogação de uma licença, pelo que entende que deve ser promovido o adequado procedimento geral de consulta nos termos do artigo 8º da LCE, permitindo, por essa via, um processo de decisão participado e transparente.

Estabilizado o enquadramento do pedido, importa ter em conta que o acto em causa – de atribuição de direitos de utilização de frequências – se insere na designada categoria de actos favoráveis. Com efeito, está em causa, em primeira linha, a atribuição de uma vantagem, no caso, a atribuição de um direito de exploração de um determinado recurso, que o particular pretende obter no seu interesse e para desenvolvimento de uma actividade económica. Assim, quando confrontado com um pedido de revogação de um acto que atribui uma vantagem a um particular – pedido esse que é obviamente fundado no interesse e nas motivações do respectivo titular – ao ICP-ANACOM compete avaliar se o interesse público cuja realização estava também associada ao acto favorável sai ou não prejudicado pelo deferimento da pretensão do particular.

Neste contexto, a análise e decisão sobre o pedido de revogação basear-se-á em juízos de conveniência e oportunidade, no exercício legítimo de um poder discricionário do ICP-ANACOM, no âmbito do enquadramento legal aplicável.

3. Análise do pedido

No sector das comunicações electrónicas a LCE, em transposição do enquadramento definido no plano comunitário, determina que «é garantida a liberdade de oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas» (artigo 19º, n.º 1).

Não resulta do regime legal em vigor a obrigação de permanência na actividade (na oferta de redes e serviços de comunicações electrónicas), por quem nela não quer permanecer, sem prejuízo, naturalmente, para o cumprimento de obrigações de salvaguarda designadamente dos interesses dos consumidores ou de outros agentes económicos, que, a este respeito, a Lei ou o Regulador possam determinar.

Dito de outro modo – e sem prejuízo para as disposições normativas que, por força da escassez de recursos envolvidos, ou da natureza do serviço, nomeadamente de serviço universal, possam impor condições de acesso e utilização –, não resulta do ordenamento jurídico vigente uma obrigação de permanência que, a existir em termos absolutos, poderia eventualmente constituir a negação do conceito de liberdade de iniciativa privada.

No caso vertente não pode deixar de se considerar que assiste à RTP a liberdade de não querer desenvolver a actividade para a qual lhe foi atribuído o direito de utilização de frequências, tendo presente, como já acima explicitado, que o acto em causa – de atribuição de direitos de utilização de frequências – se insere na designada categoria de actos administrativos favoráveis. Naturalmente que importará, caso a caso, aferir das condições que sejam aplicáveis, em cada situação concreta, perante a intenção de abandono de actividade que estiver em causa.

Esta intenção encontra, além do mais, justificação na necessidade de uma eficiente gestão dos recursos públicos afectos à RTP, num quadro de rigorosa exigência de contenção orçamental, como é de conhecimento público.

Neste contexto, analisado o pedido da RTP, o ICP-ANACOM considera que do ponto de vista da gestão de espectro, em especial atento o princípio de utilização efectiva e eficiente do espectro, nada obsta à revogação do direito de utilização de frequências para o serviço de radiodifusão sonora digital terrestre (T-DAB) com a consequente

cessação das emissões dos três serviços de programas de rádio por via digital terrestre.

O ICP-ANACOM confirma que dos 74 emissores previstos na proposta apresentada a concurso, que dariam cumprimento às obrigações de cobertura constantes da licença, a RTP apenas instalou 44, tendo a respectiva cobertura ficado aquém do estabelecido.

É um facto também que, embora os princípios e condições da oferta da rede T-DAB estivessem estabelecidos, quer por via regulamentar, quer pelo título emitido na sequência do concurso, as condições de acesso a essa rede por parte dos *radiodifusores T-DAB* nunca foram definidas, conforme referido no ponto 2.2 *supra*, e os operadores de rádio privados não se associaram a esta plataforma.

O ICP-ANACOM reconhece, assim, que esta operação não tem tido sucesso e que o número de ouvintes de rádio digital terrestre será muito reduzido.

Não obstante, o ICP-ANACOM considera essencial que a RTP promova uma comunicação ao público da presente decisão de forma transparente e atempada.

Nos termos do artigo 39º, nº 1, alínea c) da LCE os utilizadores de redes e de serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público têm o direito a serem informados, com uma antecedência mínima de 15 dias, da cessação da oferta.

Esta Autoridade recomenda, no entanto, que este aviso prévio ocorra com uma antecedência mais dilatada, na linha, aliás, do plano de comunicação que a RTP se propõe desenvolver, conforme explicitado no ponto 1 *supra*, isto é, com 45 dias de antecedência e, sem prejuízo de outras acções que venham a ser pertinentes, a RTP declara que irá proceder à comunicação pública desta decisão do seguinte modo: (i) colocação de anúncios em todos os serviços de programas de rádio da RTP; (ii) colocação de informação detalhada nas páginas Web da RTP; e (iii) disponibilização de *press release* explicativa às redacções dos principais órgãos de comunicação social.

4. Deliberação

Face ao vindo de expor e tendo presente o dever de cooperação entre o ICP-ANACOM e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) previsto, respectivamente, no artigo 7º da LCE e no artigo 11º dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei nº 53/2005, de 8 de Novembro;

O Conselho de Administração do ICP-ANACOM, no âmbito das atribuições previstas no artigo 6º, n.º 1, al. c) dos Estatutos, publicados em anexo ao Decreto-Lei n.º 309/2001, de 7 de Dezembro, na prossecução dos objectivos de regulação fixados no artigo 5º, nº 1, alínea a) e nº 2, alínea d) e ao abrigo dos artigos 8º, 15º, 19º, nº 3, 35º e 36º todos da LCE, do artigo 26º, alínea l) dos Estatutos, bem como do artigo 140º, nº 2, alínea b) do CPA, delibera:

1. Revogar o acto de atribuição do direito de utilização de frequências para o serviço de radiodifusão sonora digital por via terrestre (T-DAB) detido pela, ora, RTP, e, consequentemente, o título que consubstancia o direito de utilização atribuído (Licença ICP nº 004/99-RPT);
2. Recomendar que a RTP proceda à comunicação pública da decisão de cessação das emissões T-DAB com uma antecedência superior aos 15 dias a que legalmente está obrigada;
3. Determinar a audiência prévia da RTP, nos termos dos artigos 100º e 101º do CPA, sobre o presente projecto de decisão, para que, querendo, se pronuncie por escrito, no prazo de 20 dias úteis, contados da data de notificação;
4. Submeter ao procedimento geral de consulta, previsto no artigo 8º da LCE, o presente projecto de decisão, para que sobre o mesmo os interessados, querendo, se pronunciem, por escrito, no prazo de 20 dias úteis.
5. Notificar a ERC do presente projecto de decisão para que, querendo, se pronuncie sobre o mesmo no prazo fixado no número anterior.

Lisboa, 3 de Março de 2011