

Parecer N.º	DAJ 285/18
--------------------	------------

Data	13 de novembro de 2018
-------------	------------------------

Autor	António Ramos Cruz
--------------	--------------------

Temáticas abordadas	Financiamento da atividade de radiodifusão Aquisição de serviços de radiodifusão
----------------------------	---

A Câmara Municipal de ..., em seu ofício ...de ...2018, solicita parecer jurídico que responda às seguintes questões, enunciadas em informação anexa dos seus serviços:

a) Se a partir de 29 de dezembro de 2010, com a entrada em vigor do novo regime aprovado pela Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro, pela conjugação do seu artigo 13.º (Incentivos Públicos) com o n.º 2 do seu art.º 16.º (Restrições), as autarquias locais passaram a poder financiar a atividade de radiodifusão, visto esta norma não restringir essa possibilidade como acontecia nos anteriores regimes de radiodifusão, podendo assim o município apoiar (pecuniariamente ou em espécie) uma rádio local ao abrigo nas alíneas o) u) do n.º 1 do artigo 33.º do regime jurídico das autarquias locais aprovado no Anexo I à Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, na sua redação atual.

b) Se pode um município, atento à definição de aquisição de serviços estabelecida no artigo 450.º do Código dos Contratos Públicos (CCP) celebrar um contrato administrativo de prestação de serviços de radiodifusão com uma rádio local, lançando mão de procedimento pré-contratual de formação de contrato numa das suas formas ou modalidades adaptadas ao caso concreto, desde que salvaguardado o direito de liberdade de radiodifusão preconizado pelo artigo 38.º da Constituição da República Portuguesa.

Temos assim duas questões distintas, que, sendo tratados em diferentes regimes legais, merecem igualmente tratamento diferenciado:

1. Se pode o município financiar a atividade de radiodifusão;
2. Se, e em que circunstâncias, pode celebrar contrato de prestação de serviços de radiodifusão com uma rádio local.

Em cumprimento do solicitado, começaremos por informar como segue.

1 – Do financiamento da atividade de radiodifusão

Como ponto prévio, começaremos por mencionar o regime jurídico das autarquias locais – Lei n.º 75/2013, de 12/09 - que o município invoca como possível fundamento para a atribuição de subsídios a rádios locais, designadamente o seu artigo 33º, alíneas o) e u) do n.º1, que estabelece ser competência da câmara municipal:

o) Deliberar sobre as formas de apoio a entidades e organismos legalmente existentes, nomeadamente com vista à execução de obras ou à realização de eventos de interesse para o município, bem como à informação e defesa dos direitos dos cidadãos;

(...)

u) Apoiar atividades de natureza social, cultural, educativa, desportiva, recreativa ou outra de interesse para o município (...)

Deve notar-se, no entanto, que este é o regime geral das competências do município e que, no caso que tratamos, existem regimes especiais, nomeadamente a Lei nº 54/2010, de 29.12 – Lei da Rádio - bem como aqueles diplomas que vieram concretizar e regulamentar o sistema de incentivos aí previsto, nomeadamente a D.L nº 23/2015, de 6/02, que, juntamente com os respetivos diplomas regulamentares, dispõe especialmente sobre o regime de incentivos do Estado à comunicação social.

Temos assim um conflito de normas que deve ser resolvido de acordo com o critério da especialidade, ou seja o princípio de que a lei especial derroga a lei geral (*lex specialis derogat legi generali*)¹. No caso, portanto, o regime especial – o dos diplomas que especialmente regulam a matéria em causa, a da comunicação social – prevalece sobre o regime geral, aquele que atribui às autarquias competência para deliberar sobre formas de apoio a entidades e organismos e apoiar atividades “*de natureza social, cultural, educativa, desportiva, recreativa ou outra de interesse para o município*”, nos termos do citado artigo 33º, nº1, alíneas o) e u), da Lei nº 75/2013, de 12/09.

Começando pela Lei nº 54/2010, de 29.12 - Lei da Rádio - dispõe o mesmo, na parte que nos interessa, o seguinte, no seu artigo 13º, nº1:

¹ Sobre este assunto, consultar J. Batista Machado, “*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*”, Almedina, Coimbra, 1991, pags 170 e 171.

Artigo 13.º
Incentivos públicos

1 - Tendo em vista assegurar a possibilidade de expressão e de confronto das diversas correntes de opinião, o Estado organiza um sistema de incentivos à actividade de rádio de âmbito local, previsto em lei própria.

Não nos podemos esquecer, no entanto, este diploma, em particular o artigo citado, deve ser conjugado com outros diplomas que vieram a ser aprovados, destinados a dar cumprimento a esse desiderato, nomeadamente o D.L n.º 23/2015, de 6/02, que, juntamente com os respetivos diplomas regulamentares, dispõe especialmente sobre o regime de incentivos do Estado à comunicação social, aplicando-se aos órgãos de comunicação social de âmbito local e regional (artigo 2º - âmbito de aplicação).

Com efeito, este diploma, como se diz no seu preâmbulo, foi criado “*ao abrigo do disposto no n.º1 do artigo 4.º da lei n.º 2/9, de 13 de janeiro, alterada pelas Leis n.º 18/2003, de 11 de junho, e 19/2012, de 8 de maio, no artigo 13.º da Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro, alterada pela Lei n.º 38/2014, de 9 de julho, e nos termos da alínea a) do n.º1 do artigo 198.º da Constituição...*”

(sublinhado nosso)

Para resposta à questão colocada - a de se saber se pode, ou não, o município atribuir subsídios a rádios locais - a nossa análise deverá então prosseguir com o que dispõe este regime especial.

Assim, de acordo com o seu artigo 6º (Condições gerais de elegibilidade), são elegíveis para os incentivos, entre outros, os “*Operadores de radiodifusão sonora devidamente registados, nos termos da lei*” (n.º1, alínea b).

Quanto às competências, começamos por fazer notar que se trata de incentivos do Estado, como resulta desde logo do enunciado do diploma, devendo entender-se Estado no seu sentido próprio e constitucional, distinguindo-se das demais pessoas coletivas

públicas, entre as quais as autarquias locais. Tanto assim é que a cometeu às comissões de coordenação e desenvolvimento regional (CCDR) - serviço periférico da administração direta do Estado - a competência para a instrução dos respetivos procedimentos e decisão final (artigos 11º e 12º).

Ou seja, reforçamos, foi opção expressa do legislador cometer ao Estado a competência para financiamento da atividade de radiodifusão, no âmbito mais geral do apoio à comunicação social.

A Câmara Municipal refere ainda o artigo 16º da Lei da Rádio, que tem a redação que se segue:

Artigo 16.º
Restrições

1 - A atividade de rádio não pode ser exercida ou financiada, direta ou indiretamente, por partidos ou associações políticas, organizações sindicais, patronais ou profissionais, associações públicas profissionais, salvo se aquela atividade for exclusivamente exercida através da Internet e consista na organização de serviços de programas de natureza doutrinária, institucional ou científica.

2 - Sem prejuízo do disposto no Artigo 5.º, a atividade de rádio não pode ser exercida pelo Estado, pelas regiões autónomas, por autarquias locais ou suas associações, diretamente ou através de institutos públicos, empresas públicas estaduais ou regionais, empresas municipais, intermunicipais ou metropolitanas, salvo se aquela atividade for exclusivamente exercida através da Internet e consista na organização de serviços de programas de natureza institucional ou científica.

Afirma a câmara municipal que resulta do normativo citado que se admite que as autarquias locais possam financiar a atividade de radiodifusão, “visto aquela norma nada dispor em contrário”.

Não podemos estar mais em desacordo com esta interpretação. Senão, vejamos:

O artigo 16º da Lei nº 54/2010, de 29.12 - Lei da Rádio – tem dois números.

O nº1, respeita às entidades, aí enumeradas, que não podem exercer e/ou financiar a atividade de rádio.

O nº2 do artigo, por sua vez, respeita apenas à interdição do Estado, regiões autónomas, autarquias locais e suas associações (direta ou indiretamente) de exercerem a atividade de rádio, exceto, e citamos, “*se aquela atividade for exclusivamente exercida através da Internet e consista na organização de serviços de programas de natureza institucional ou científica*”, e sem prejuízo do artigo 5º.

Ou seja, o nº2 do artigo 16º, no que respeita às autarquias locais e aos outros entes públicos territoriais, apenas interdita o exercício da atividade de rádio, dado que quanto ao financiamento, e contrariamente ao que refere o município, esta lei optou por o regular autonomamente em norma própria, o artigo 13º, o qual, precisamente, tem a epígrafe “*Incentivos públicos*”.

Ora, o diploma, neste artigo 13º, prescreve que, no que respeita aos entes públicos territoriais, só é admissível financiamento por parte do Estado, nos termos aí prescritos.

Mais, como refere a própria informação dos serviços municipais, a proposta desta Lei da Rádio previa originariamente na redação deste artigo 13º a possibilidade de financiamento por parte dos municípios, dentro de certos condicionalismos, tendo esta possibilidade, no entanto, sido objeto de parecer negativo da ANMP, uma das entidades consultadas.

Tendo sido, na especialidade, eliminados os números do artigo 13º da proposta de lei que previam esta possibilidade de financiamento por parte dos municípios, é assim inequívoco que o nº 2 do artigo 16º da Lei da Rádio regula apenas a interdição do exercício da atividade de rádio pelos entes públicos territoriais e que o financiamento por parte destes entes é regulado no artigo 13º, tendo por opção legal ficado restringido ao financiamento por parte do Estado.

Face ao exposto, concluímos, nesta parte, que a Câmara Municipal não tem competência para atribuir subsídios à comunicação social, nomeadamente a rádios locais.

II – Da aquisição de serviços de radiodifusão

Questão diferente, que não se confunde com a do financiamento de atividades, é a da aquisição de serviços, designadamente o de radiodifusão, objeto da consulta do município. Neste caso teremos de consultar o que dispõe o Código dos Contratos Públicos (CCP), aprovado pelo D.L. n.º 18/2008, de 29/01, na sua atual redação.

Em suma, em resposta à questão concreta, diremos que pode adquirir o serviço pretendido, desde que cumpridos os pressupostos legais do CCP. Condição necessária é que a aquisição seja fundamentada com o interesse público, regra essa que resulta desde logo, em primeira linha, do artigo 1.º do CCP, que dispõe:

Artigo 1.º-A Princípios

1 - Na formação e na execução dos contratos públicos devem ser respeitados os princípios gerais decorrentes da Constituição, dos Tratados da União Europeia e do Código do Procedimento Administrativo, em especial os princípios da legalidade, da prosseção do interesse público, da imparcialidade, da proporcionalidade, da boa-fé, da tutela da confiança, da sustentabilidade e da responsabilidade, bem como os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação.

(sublinhado nosso)

Isto é, o município deve fundamentar a aquisição de serviços de radiodifusão com uma necessidade de prestação de um serviço à comunidade. É esse o caso comum e típico da divulgação institucional das atividades municipais. Em nenhuma circunstância poderá fundamentar a aquisição dos serviços com interesses de entidades individuais ou de grupos, nomeadamente interesses comerciais da entidade adjudicatária.

O município faz referência expressa a um concreta rádio local, que identifica. Vejamos, então, se pode recorrer ao ajuste direto para aquisição de serviços à dita rádio.

Sobre o assunto, porque tem utilidade direta para a questão que tratamos, passaremos a transcrever um parecer desta CCDRC (Parecer DAJ 59/18), que responde a uma questão conexa sobre contratação de serviços de publicidade a meios de comunicação locais, incidindo particularmente sobre os critérios que devem presidir à escolha do procedimento de ajuste direito para a aquisição desses serviços:

(...) o procedimento pré-contratual pode, de acordo com o previsto no CCP, ser adotado em função do valor do contrato ou de critérios materiais, podendo, neste caso, adotar-se um ajuste direto ou uma consulta prévia, independentemente do valor, por força, respetivamente, dos arts. 24º a 27º e 27º-A do CCP.

Embora a lei não o estabeleça expressamente, a jurisprudência nacional e comunitária, em obediência ao princípio da concorrência, dá preferência à escolha dos procedimentos em função do valor, e, em particular, aos procedimentos concursais em detrimento dos de ajuste direto e da consulta prévia.

Esta prevalência compreende-se, conforme resulta, aliás, da jurisprudência constante do STA e do Tribunal de Contas², uma vez que o concurso público, enquanto procedimento regra no domínio da contratação pública, é aquele que melhor promove os princípios da concorrência, da transparência e demais princípios consagrados no art. 1º-A do CCP.

Tal permite-nos, por outro lado, afirmar, que o ajuste direto, enquanto exceção ao regime regra, deve implicar, quando a sua escolha é feita em função de critérios materiais, “cuidados redobrados na aferição dos critérios legais definidos para a sua convocação”. É, desde logo, o que a lei impõe quando faz depender a escolha deste procedimento de fortes condicionalismos e apertados requisitos.

² Acórdão do STA 011/11, de 21.06.2011, 2ª Subsecção do CA; Acórdãos do Tribunal de Contas nºs 20/07, de 20.11, em recursos ordinários nºs 23/2007 e 4/2008, de 12.02.2008, 29/2008 e 6/2008, de 10.03.2008

Em suma, dever-se-á considerar que o recurso ao ajuste direto com fundamento em critérios materiais, arts. 24º a 27º do CCP, tem um carácter excecional em relação às regras gerais da escolha do procedimento previstas nos arts. 19º a 21º do CCP.

(sublinhados nossos)

Sobre os “*cuidados redobrados*” mencionados no citado parecer, cite-se ainda o Acórdão do STA nº 011/11, na parte em que dispõe que “*(...) o procedimento de ajuste direto só se mostrará legitimado quando a entidade adjudicante demonstre que só aquele concreto prestador de serviços está técnica ou artisticamente habilitado ou detém direitos exclusivos objeto de proteção para executar o serviço pretendido*”.

Acresce que o legislador, com as alterações introduzidas ao CCP pelo D.L. nº 111-B/2017, de 31/08, criou um novo tipo de procedimento, o da consulta prévia, privilegiando a sua adoção em detrimento do ajuste direto.

É de facto o que resulta do art. 27º-A do CCP, ao dispor que “*Nas situações previstas nos artigos 24.º a 27.º, deve adotar-se o procedimento de consulta prévia sempre que o recurso a mais de uma entidade seja possível e compatível com o fundamento invocado para a adoção deste procedimento.*”.

Ora, no caso presente, não se encontra demonstrado pelo município que a rádio local a que faz referência expressa seja, inequivocamente, a única estação de rádio habilitada para prestar o dito serviço de radiodifusão, de acordo com os critérios *supra* enunciados.

Sendo assim, não se encontram preenchidas as condições legais enunciadas para o recurso ao ajuste direto com base em critérios materiais, independentemente do valor, nos termos previstos nos artigos 24º a 27º e 27º-A do CCP

Resta, pois, ao município, se mantiver o seu propósito de contratar serviços de radiodifusão, recorrer ao adequado procedimento de contratação em função do valor,

podendo ser o ajuste direto se o preço contratual for inferior a € 20.000, nos termos do artigo 20º, nº1, alínea d), do CCP.

Em conclusão:

1. O D.L nº 23/2015, de 6/02, que, juntamente com os respetivos diplomas regulamentares, dispõe especialmente sobre o regime de incentivos do Estado à comunicação social, aplicando-se aos órgãos de comunicação social de âmbito local e regional - criado ao abrigo, entre outros, do artigo 13.º da Lei n.º 54/2010, de 24/12, na atual redação - comete ao Estado, não às autarquias locais, a competência para atribuição de subsídios à comunicação social, nomeadamente estações de rádio;
2. No que respeita à aquisição de serviços de radiodifusão, deve o município observar o disposto no Código dos Contratos Públicos (CCP) nos termos atrás expostos;
3. No caso concreto apresentado, não vem demonstrado pelo município que se encontram reunidos os pressupostos legais para recurso ao ajuste direto por recurso ao critério material, nos termos dos artigos 24º a 27º e 27º-A do CCP, antes se devendo recorrer ao critério do valor do contrato;

Em conformidade, para a aquisição dos pretendidos serviços de radiodifusão, apenas se recorrerá ao ajuste direto se o valor do contrato for inferior a € 20.000, nos termos do artigo 20º, nº1, alínea d), do CCP. Se não for o caso, recorrer-se-á à consulta prévia ou a procedimento concursal, conforme o valor.