

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

**Deliberação
10/PUB-TV/2009**

ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

**Queixa de TVI – Televisão Independente, S.A. e SIC – Sociedade
Independente de Comunicação, S.A. contra o serviço de
programas RTP1**

Lisboa

2 de Dezembro de 2009

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação 10/PUB-TV/2009

Assunto: Queixa de TVI – Televisão Independente, S.A. e SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A. contra o serviço de programas RTP1

I. Identificação das Partes

1. Em 19 de Maio e 3 de Junho de 2009, deram entrada nesta Entidade duas queixas subscritas por TVI – Televisão Independente, S.A. e SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A. (doravante, TVI e SIC) contra o serviço de programas RTP1.

II. Objecto da queixa

2. A queixa apresentada tem a ver com a publicidade efectuada pela RTP1 ao jornal I, a qual foi divulgada como sendo publicidade institucional.

III. Argumentação dos Queixosos

3. A TVI refere, em síntese, que:
 - a) A RTP, concessionária de serviço público, passou a classificar como publicidade institucional “toda a publicidade de imprensa de carácter periódico, portuguesa, de informação geral e de âmbito nacional e regional”, por, alegadamente, a imprensa preencher um objectivo de interesse público, atento o disposto no artigo 4º da Lei de Imprensa;
 - b) Contudo, não decorre daquele diploma legal que a imprensa seja classificada, ela própria, como de interesse público, mas sim que “o que é de interesse público é a existência da garantia constitucional que consiste na liberdade de informar e

ser informado de forma livre, a qual deve ser assegurada pelo Estado, o que é coisa bem diferente”;

- c) “Acresce que o que deve entender-se aqui por publicidade institucional é aquela em que se promovam produtos ou serviços que manifestamente realizem, de forma directa e imediata, fins de interesse público (sejam eles de ordem política ou cultural), ou seja, aqueles em que existe uma relação directa entre o produto ou serviço e a realização manifesta de um determinado interesse público (...). Aliás, a noção comum desta publicidade está ligada a publicidade dos Ministérios ou Institutos Públicos, e não a jornais ou rádios, já que essa publicidade não parece que possa contribuir para uma maior ou mais livre liberdade de imprensa, mas sim para um aumento das vendas desses meios, através dos quais se exerce a referida liberdade, da mesma forma que se exerce através de outros meios de comunicação.”

A publicidade retratada não é uma actividade de interesse público, promovendo sim uma actividade privada, para além de fazer “publicidade à própria publicidade que os [jornais] contém, e que manifestamente não é uma actividade de interesse público, e nem sequer beneficia de uma protecção jurídico-constitucional”;

- d) “No que diz respeito às entidades e actividades de manifesto interesse cultural, a actividade prosseguida pode não ser necessariamente e sempre de interesse público, só o sendo quando o próprio Estado, através da Administração, reconhece de forma expressa a sua utilidade pública”, como nas situações tipificadas no Decreto-Lei n.º 251/89, de 1 de Julho;
- e) A TVI, que também vende espaço publicitário, “já começou a sofrer as consequências de uma tal interpretação e prática que reputa abusiva e unilateral, de redução dos preços imposta aos concorrentes, um comportamento que é, aliás, tipificado na lei e na doutrina como claramente anticoncorrencial, sobretudo quando parte da iniciativa de uma operadora que beneficia de fundos públicos para assegurar o essencial da sua actividade”;
- f) Acresce que a aceitar-se a interpretação agora dada pela RTP1 à definição de publicidade institucional, tal virá a ter impacto nas receitas comerciais que

aquela recebe o que, a final, se irá repercutir ao nível da indemnização compensatória a pagar pelo Estado, ou seja, pelos contribuintes;

g) O comportamento da Denunciada viola as melhores práticas de mercado, razão pela qual requer a esta Entidade uma auditoria externa à mesma.

4. A SIC apresentou os seguintes argumentos:

a) No seu entendimento, a publicidade a suportes de imprensa deverá ser considerada como publicidade comercial, “porque visa a promoção de um determinado tipo de produto ou uma determinada marca (...) incentivando-se o consumo ou utilização de um produto designado pelo seu nome ou do fabricante, auferindo o autor da mensagem de uma vantagem pela divulgação dos seus produtos ou marcas”;

b) A publicidade ao jornal I não se insere no âmbito de previsão da Cláusula 23^o, n.º 3, do Contrato de Concessão;

c) A RTP “sob o chapéu da publicidade institucional pretende com preços predatórios na venda de espaço publicitário capturar todos os anunciantes que pretendam divulgar suportes de imprensa através de televisão concedendo um desconto mínimo de 85% sobre o preço de tabela, em detrimento de todos os restantes agentes económicos do mercado nacional e intra-comunitário que comercializam espaço publicitário, mediante práticas não justificadas pelas regras no mercado”;

d) Considerando que a RTP pode incluir no âmbito da publicidade institucional a publicidade a jornais e revistas, “neste contexto, para efeitos do limite de seis minutos por hora a que a RTP está contratualmente obrigada no âmbito do serviço de programas da RTP 1, a publicidade institucional a jornais e revistas (leia-se “publicidade comercial”) não é computada para efeitos do referido limite”;

e) Perante tal situação, requer que seja instaurada multa contratual contra a RTP por violação da cláusula 23^o do Contrato de Concessão, bem como a abertura de processo contra-ordenacional por violação do artigo 40^o da Lei da Televisão, porquanto a RTP transmite “publicidade comercial sob o manto de publicidade institucional, fazendo uso do mecanismo associado ao artigo 40^o,

n.º 2, da Lei da Televisão, quando os respectivos pressupostos legais não se encontram preenchidos”.

IV. Questão prévia: da Deliberação 4/PUB-TV/2009, de 5 de Agosto

5. Antes de se proceder à exposição dos elementos de defesa apresentados pelo operador, bem como à sua análise e conformidade legal, cumpre esclarecer que, em 5 de Agosto de 2009, o Conselho Regulador aprovou a Deliberação 4/PUB-TV/2009, a qual se pronunciou acerca desta matéria, mas que acabou por ser revogada, na medida em que não fora dada oportunidade de exercer o direito de defesa - relativamente às participações apresentadas pela TVI e pela SIC - à Denunciada (a esse propósito, ver Deliberação 5/PUB-TV/2009, de 26 de Agosto).
6. Refira-se aliás, que a primeira Deliberação analisara não só a participação apresentada pela TVI e SIC, mas também uma participação apresentada por Público – Comunicação Social, S.A.
7. No entanto, e considerando que, entretanto, o Público desistiu da queixa apresentada, dado a RTP ter procedido “internamente à revisão do enquadramento da publicidade aos jornais, tendo passado a aplicar o mesmo regime – publicidade institucional – e as mesmas condições comerciais a todos os jornais, com fundamento no alegado interesse público que a imprensa prossegue”, não serão os argumentos apresentados por aquele tidos em conta, limitando-se a presente deliberação a analisar as questões apresentadas pela TVI e SIC, bem como a interpretação dada pela Denunciada de que a publicidade a jornais deverá ser enquadrada no âmbito da publicidade institucional.

V. Defesa da Denunciada

8. Em 15 de Setembro de 2009, a Denunciada apresentou a sua defesa escrita, dizendo, em síntese que:

- a) O conceito de publicidade institucional não se encontra definido em qualquer diploma legal, sendo unicamente utilizado no Contrato de Concessão do Serviço Público de Televisão (CCSPTV);
- b) Este conceito assenta em dois outros conceitos, que é o de “interesse público” e “interesse cultural”;
- c) “Interesse público” será o “interesse geral de uma determinada comunidade”, pelo que “parece que a publicidade relativa a produtos, serviços ou fins de interesse público será aquela que vise promover a satisfação do interesse geral da comunidade, ao invés da satisfação do interesse de um determinado particular”;
- d) “Interesse cultural” deverá ser interpretado à luz do artigo 73º, n.º 3 da CRP, pelo que cabe à RTP “a emissão de publicidade que promova o acesso dos cidadãos à cultura. Saliente-se que ao Estado está vedado prosseguir isoladamente este desígnio, sendo constitucionalmente obrigado a fazê-lo em colaboração com os órgãos de comunicação social, entre outros. Naturalmente, esses órgãos de comunicação social privados têm, na generalidade dos casos, fins lucrativos, o que não lhes retira, em qualquer caso, a função de cumprimento de uma “missão pública”;
- e) “Nessa medida, parece que um anúncio publicitário pode revestir “interesse cultural”, apesar de, simultaneamente, prosseguir um interesse particular (e comercial) ”;
- f) “Em abstracto, poderemos concluir que a publicidade institucional pode versar produtos ou serviços e não apenas fins de interesse público ou cultural, sendo institucional aquela que promova produtos, serviços ou fins de manifesto interesse público (...), bem como aquela que promova produtos, serviços ou fins de manifesto interesse cultural. Quer uma quer outra promoção (...) deve ser manifesta, não se exigindo, contudo, que o interesse público ou cultural seja o fim exclusivamente prosseguido ”;
- g) Foi entendido que as publicações periódicas, de natureza similar à do jornal I e Público, “que nos solicitem igual tratamento no futuro, desde que se

- enquadrem naqueles pressupostos” também se enquadrarão no conceito de publicidade institucional;
- h) Os órgãos de comunicação social são entendidos como agentes de promoção do acesso à cultura, pelo que se justifica atribuir “interesse cultural” aos mesmos;
 - i) “Caso se quisesse limitar a publicidade institucional àquela que é promovida por entidades de natureza pública ou a entidades de natureza não lucrativa, o CCSPTV estaria, com toda a probabilidade, redigido de forma diferente: em vez de se ter recorrido ao critério dos fins prosseguidos, ter-se-ia recorrido ao critério da natureza jurídica das entidades promotoras e, em vez de se exigir um “manifesto” interesse cultural, ter-se-ia exigido um “exclusivo” ou “predominante” interesse cultural”;
 - j) Tem sido entendido que a divulgação de eventos de carácter cultural, edição de obras musicais ou cinematográficas, ainda que com carácter comercial, deverá ser inserida na categoria de publicidade institucional;
 - k) A RTP actuou convicta da interpretação em causa, aplicando o desconto previsto no artigo 23º do CCSPTV, não se tratando de qualquer prática anticoncorrencial;
 - l) “A RTP actuou, pois, na circunstância, de acordo com o referido entendimento, mas, como referido, não se tratando de um conceito inequívoco, reconheceu, a possibilidade de diferente entendimento e, por isso, decidiu, em tempo, suspender a classificação daquela campanha – e, de outras que pudessem surgir – como institucional”;
 - m) A ERC revogou a Deliberação 4/PUB-TV/2009 o que implicou a “extinção dos efeitos jurídicos produzidos pelo acto revogado sendo que tais efeitos são *erga omnes* devendo, portanto, ser acatados quer pelo interessado, quer pela Administração, quer por terceiros”;
 - n) “Ao iniciar um novo procedimento administrativo a ERC irá pronunciar-se sobre factos anteriormente apreciados e em relação aos quais já proferiu decisão, que revogou”;

o) Acresce que, nos termos do artigo 56º, n.º 1, dos Estatutos da ERC, esta deve notificar os denunciados no prazo de 5 dias a contar da recepção da queixa, o que não se verificou.

VI. Normas aplicáveis

9. O artigo 39º, n.º 1, alíneas b) e e), da Constituição da República Portuguesa refere que incumbe à ERC assegurar, nos meios de comunicação social, a independência perante o poder económico, bem como o respeito pelas normas reguladoras das actividades de comunicação social.
10. Também os Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, referem que é atribuição da ERC “zelar pela independência das entidades que prosseguem actividades de comunicação social perante os poderes político e económico” (artigo 8º, alínea c)), bem como “assegurar em articulação com a Autoridade da Concorrência, o regular e eficaz funcionamento dos mercados de imprensa escrita e de áudio-visual em condições de transparência e equidade” e “o cumprimento das normas reguladoras da actividade de comunicação social (artigo 8º, alíneas g) e j)).
11. Destaque-se também o Protocolo assinado entre a RTP, a SIC e a TVI, em 21 de Agosto de 2003, que, no ponto 1 da primeira parte, prevê que o serviço de programas RTP1 apenas emita um máximo de 6 minutos de publicidade comercial por hora de programação.
12. De salientar ainda o Contrato de Concessão do Serviço Público de Televisão (CCSPTV)¹, celebrado, em 25 de Março de 2008, entre o Estado Português e a Rádio Televisão de Portugal, S.A., em particular, a Cláusula 23ª, n.º 3, que estabelece que o operador pode ainda emitir “publicidade institucional, relativa à promoção de produtos, serviços ou fins de manifesto interesse público ou cultural, a qual beneficiará de um desconto não inferior a 85% do custo comercial do espaço,

¹ Este Contrato revogou o anterior Contrato de Concessão Geral de Serviço Público de Televisão e o Contrato de Concessão Especial de Serviço Público de Televisão celebrados em 2003.

não poderá exceder os seis minutos em cada hora e será sempre identificada como tal”.

13. De mencionar também a Cláusula 24º do CCSPTV que prevê que o Estado Português assegure o financiamento do serviço público de televisão, atribuindo-lhe, anualmente, “uma compensação financeira que reveste a forma jurídica de indemnização compensatória, destinada a garantir o financiamento das referidas obrigações de serviço público”, sendo certo que a referida compensação “pressupõe uma eficaz gestão de todos os custos e proveitos, sujeita às boas práticas decorrentes dos usos internacionais, designadamente em matéria de transparência, respeito pela concorrência e pelos agentes de mercado, assim como a prestação de informação necessária para apreciar a aplicação dos princípios referidos”.
14. De acordo com a Cláusula 25º, n.º 1, I, o valor da indemnização compensatória do serviço de programas RTP1 é determinado do seguinte modo: “O Estado comparticipa nos custos referentes ao serviço de programas generalista com actividade comercial indemnizando a 2ª Outorgante do valor, a preços de mercado, correspondente à perda de receitas de publicidade decorrente da imposição de critérios específicos, quanto ao conteúdo da programação de serviço público e do limite horário de publicidade, inferior ao que resulta da lei, definido no presente contrato”.
15. Finalmente, destaque-se a Cláusula 31ª, n.º 1, que determina que a competência e o controlo do cumprimento do CCSPTV incumbe ao Estado, através do Ministro das Finanças e do Ministro responsável pela área da comunicação social.

VII. Análise e fundamentação

16. Em primeiro lugar cumpre apreciar os argumentos da RTP de que esta foi notificada do conteúdo das queixas fora do período previsto nos Estatutos da ERC, para além de que a anterior deliberação fora revogada, não podendo a ERC voltar a pronunciar-se acerca de tal situação.
17. Não se pode deixar de salientar que o raciocínio da Denunciada é, no mínimo, contraditório, visto que primeiramente reclamou da Deliberação em causa por não

lhe ter sido dada possibilidade de defesa e, corrigindo-se tal falta, entende agora que o processo já não poderá prosseguir porquanto foi ultrapassado o prazo previsto no artigo 56º, n.º 1, dos EstERC, embora reconheça que “se trata de um prazo procedimental, em regra entendido como meramente ordenador”!

18. Por outro lado, parece não ter presente o referido na Deliberação 5/PUB-TV/2009, de 26 de Agosto: “a queixa – *rectius*, a participação – é atendida como uma mera declaração de ciência e não de vontade, que espoleta a actuação da ERC. Na verdade, perante questões cuja novidade e importância sejam inegáveis, o Conselho pode – e deve – iniciar um procedimento de regulação e supervisão”.
19. Aliás, se assim não se entendesse e quando o Público desistiu da queixa, não teria a ERC continuado com a instrução do processo, como fez, tendo tido o cuidado de, na Deliberação em causa, explicar o porquê de tal decisão: “embora o Público tenha desistido da queixa, tal não impede esta Entidade de se pronunciar acerca da classificação de publicidade institucional, neste caso relativa a títulos de imprensa, nem de apreciar as participações apresentadas pelos outros dois operadores televisivos.”
20. Quanto à questão da ERC ter revogado a deliberação e de, conseqüentemente, não poder voltar a pronunciar-se novamente acerca deste assunto, recorde-se que a deliberação foi revogada não por não corresponder à verdade o ali alegado, mas sim por ter falhado uma das fases do procedimento.
21. Acresce que a ERC irá agora pronunciar-se acerca do conteúdo das queixas apresentadas pela SIC e TVI e, simultaneamente, sobre a defesa apresentada pela Denunciada.
22. Ora, nos casos em que a revogação assente num vício formal, tal não implica a destruição dos actos posteriores ao acto revogado: “pode acontecer que a anulação tenha o seu fundamento num vício formal e que, portanto, nada obrigue a considerar destruídos, também, necessariamente, todos os actos consequentes do acto revogado (e renovável)”².

² In, Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco Amorim, Código do Procedimento Administrativo, Almedina, 1997, pág. 692.

23. Assim sendo, não procede o argumento da Denunciada, pelo que se irão apreciar os factos em causa.
24. Em síntese, ambos os operadores se insurgiram contra a RTP alegando que a publicidade a um jornal com fins comerciais não poderá ser enquadrada na classificação de publicidade institucional, mas sim como publicidade comercial.
25. A RTP contrapõe sustentando que não há uma definição legal para publicidade institucional, pelo que tal classificação implica uma ponderação de valores que passam pelo “interesse público” e “interesse cultural” que serão apurados caso a caso.
26. Sustenta também que o seu comportamento não poderá ser entendido como anticoncorrencial, “quando a atribuição de tal desconto de 85% está inteiramente justificada no CCSPTV”.
27. Em primeiro lugar, cumpre apreciar o argumento de que a Denunciada se limitou a aplicar o CCSPTV.
28. De facto, a lei não define o que é publicidade institucional, sendo que o CCSPTV esclarece que a mesma está relacionada com a promoção de produtos, serviços ou fins de manifesto interesse público ou cultural, levantando-se a questão de saber se a imprensa pode ser definida como prosseguindo um interesse público ou cultural.
29. A TVI sustenta, aliás, que o que é de interesse público não é a imprensa em si, mas a “liberdade de informar e ser informado de forma livre, a qual deve ser assegurada pelo Estado”.
30. Conforme refere Jónatas Machado³, a publicidade institucional “só tem de comum com a publicidade comercial o facto de utilizar os mesmos suportes comunicativos, embora se trate de uma realidade substancialmente diferente, encontrando-se protegida pelas liberdades comunicativas e não podendo ser restringida no âmbito da disciplina jurídica da publicidade comercial, sob pena de se estar a confundir, de forma abusiva, a *natureza* e o *conteúdo* da comunicação com o *suporte* físico da mesma.

³ *In*, Machado, Jónatas, Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais Da Esfera Pública no Sistema Social, Coimbra Editora, 2002, pág.441.

31. Já a publicidade dita comercial tem um propósito unicamente económico: “ a publicidade não é neutra na sua finalidade, uma vez que o seu objectivo consiste em incitar o público à prática de um acto económico no sentido desejado pelo seu autor. E também a sua objectividade é relativa. A mensagem publicitária, ainda que não seja enganadora ou mentirosa só existe e divulga os elementos favoráveis ao seu objecto. (...) A publicidade, sendo uma forma de comunicação, é igualmente uma actividade de sugestão dirigida à formação de uma decisão (de aquisição ou utilização de um produto ou serviço). Por outras palavras, a publicidade consiste na acção dirigida ao público com o objectivo de promover, directa ou indirectamente, produtos, serviços ou uma actividade económica, procurando persuadir os seus destinatários sobre a excelência dos objectos publicitados”⁴.
32. No caso em apreço, e embora a RTP tenha começado por classificar unicamente o jornal I como publicidade institucional, posteriormente entendeu que tal entendimento deveria ser aplicado à imprensa portuguesa de carácter periódico, de informação geral e de âmbito nacional e regional.
33. Conforme esclareceu a Denunciada, “o nosso entendimento foi o de que um anúncio publicitário a um jornal poderá enquadrar-se no conceito de publicidade institucional, pelo que entendemos ser de aplicar essa perspectiva quer aos dois jornais referidos (Público e I), quer ainda a todas as publicações periódicas de natureza similar que nos solicitem igual tratamento no futuro, desde que se enquadrem dentro daqueles pressupostos” (sublinhado nosso).
34. Parece, portanto, a Denunciada considerar que os jornais da natureza do Público e do I que queiram ser publicitados na televisão *poderão* ser classificados como publicidade institucional, desde que o requeiram à Denunciada.
35. Ou seja, o alegado tratamento igualitário que a RTP pretende dar a todos os jornais que *considera* poderem ser definidos como publicidade institucional pressupõe que primeiramente aqueles lhe solicitem que sejam enquadrados dentro de tal definição, momento a partir do qual aquela irá apreciar e decidir se aceita o pedido em causa.

⁴ Parecer do Conselho Consultivo da PGR, de 19 de Fevereiro de 1993, disponível in, www.dgsi.pt

36. Não pode esta Entidade deixar de se interrogar se a RTP, ao decidir que a publicidade a determinados jornais deverá ser enquadrada na publicidade institucional, em detrimento de outros que não preenchem os requisitos por si criados, não estará a adoptar um comportamento discriminatório.
37. Acresce que enquanto serviço público de televisão, o operador obtém as suas receitas não apenas da publicidade, como os outros operadores privados, mas também através de uma compensação financeira facultada pelo Estado Português.
38. Na verdade, até à data dos factos, todos os serviços de programas, incluindo a Denunciada, enquadravam a publicidade a títulos de imprensa no seio da publicidade comercial, não havendo, conseqüentemente, direito a redução do custo comercial do espaço.
39. No entanto, entendeu agora a RTP que este tipo de publicidade poderá ser inserido no âmbito da publicidade institucional, adoptando, assim, novos preços que, evidentemente, terão em consideração o disposto na Cláusula 23^a, n.º 3 do CCSPTV.
40. Ora, enquanto serviço público, o operador tem uma obrigação acrescida de se pautar pelos princípios que devem reger a actividade televisiva, garantir a independência perante o poder político e económico, assegurar o pluralismo e constituir-se “como um referencial de qualidade, que não se submeta a uma lógica exclusiva de mercado de mercado e preencha objectivos sociais e culturais, numa sociedade diversificada como a portuguesa” (v. considerandos do CCSPTV).
41. No entanto, e tendo em conta que a posição adoptada pela RTP se fundamenta na Cláusula 23^a, n.º 3, do referido Contrato, e uma vez que, nos termos da Cláusula 31^a, n.º 1, a fiscalização e o controlo do mesmo incumbe ao Ministro das Finanças e dos Assuntos Parlamentares, entende esta Entidade que não se deve pronunciar acerca de tal assunto, por não se inserir no âmbito da sua competência.
42. Não obstante, o Conselho Regulador assinala a inexistência da definição de “publicidade institucional”, pelo que não deixará de, através dos meios que considerar mais adequados, nos termos dos seus estatutos, contribuir para a delimitação do referido conceito.

VIII. Deliberação

Tendo apreciado uma queixa da TVI e da SIC contra a RTP por classificar como publicidade institucional a publicidade à imprensa (de carácter periódico, portuguesa, de informação geral e de âmbito nacional e regional), o Conselho Regulador delibera, ao abrigo do disposto nos artigos 8º, alínea c), e 58º, dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro:

Reencaminhar as queixas que deram origem aos presentes autos, bem como a presente deliberação ao Ministro das Finanças e dos Assuntos Parlamentares, ao abrigo do disposto na Cláusula 23º, n.º 3, conjugado com a Cláusula 31º, n.º 1, do Contrato de Concessão do Serviço Público de Televisão.

Lisboa, 2 de Dezembro de 2009

O Conselho Regulador

José Alberto de Azeredo Lopes
Elísio Cabral de Oliveira
Maria Estrela Serrano