



ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Deliberação

ERC/2017/178 (OUT-TV)

**Reclamação da Deliberação 38/2014 (OUT-TV) apresentada pela SIC –
Sociedade Independente de Comunicação, S.A.**

**Lisboa
11 de agosto de 2017**

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação ERC/2017/178 (OUT-TV)

Assunto: Reclamação da Deliberação 38/2014 (OUT-TV) apresentada pela SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A.

I. Fundamentos da reclamação

1. No dia 7 de maio de 2014, a SIC – Sociedade Independente de Comunicação (“Reclamante”) veio, nos termos do disposto nos artigos 158.º e 161.º do Código de Procedimento Administrativo (“CPA”) apresentar reclamação relativamente à Deliberação 38/2014.
2. A Reclamante começa por defender que a ERC, ao arrepio dos princípios da imparcialidade, da boa-fé e da confiança (cf. artigo 266.º, n.º 2, da Constituição e artigos 6.º e 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo) a que está vinculada, vem concretizar e pôr em letra de forma a duplicidade que consiste em assumir, no âmbito da intervenção regulatória lançada pela própria ERC, que a lei não permite reunir um consenso mínimo sobre os temas que se colocam em redor do exercício do direito a extratos informativos e à utilização de imagens sujeitas a direitos exclusivos e, em simultâneo, deliberar instaurar procedimentos contraordenacionais fundados na suposta violação das mesmas normas que a própria ERC reconhece carecerem de densificação.
3. A duplicidade de critérios da ERC é ilegal, porque colide com o princípio da legalidade, que enforma todo o direito sancionatório, e os seus corolários mais elementares, como a proibição de normas punitivas vagas e indeterminadas, e porque a vaguidade e indeterminação das normas da proibição em apreço assumem extrema relevância ao nível do juízo de culpa, designadamente sob o ponto de vista da consciência da ilicitude, e da concreta possibilidade de o agente a ela ascender.
4. A Reclamante também contesta que o regulador padeça de uma qualquer capitis diminutio que lhe veda o conhecimento da inconstitucionalidade das normas que tem por função aplicar, pois a ERC, como todas as entidades administrativas (e qualquer particular), atua sob a égide da

Constituição, cabendo-lhe adotar uma atuação, material e jurídica, consentânea com a Lei Fundamental.

5. A Reclamante afirma ainda não compreender as afirmações constantes nas alíneas l), n), o) e p) do ponto 6.7 da Deliberação, quando a verdade é que a SIC nunca disse que a intervenção regulatória em curso visaria criar uma lei nova ou interpretar autenticamente a lei, ou que o critério interpretativo que aí venha a ser consagrado assumiria carácter vinculativo para outras entidades a quem incumbe a aplicação do Direito, máxime, os tribunais, nem a SIC alguma vez propugnou que os critérios interpretativos que venham a fixar-se sejam de aplicação retroativa.
6. O que a Reclamante disse e defendeu foi que, dada a formulação vaga e indeterminada das normas de dever previstas no n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão, tais normas consubstanciam normas sancionatórias em branco, no sentido de que carecem de um complemento integrador para que os respetivos destinatários possam compreender, nos termos devidos, a exata extensão do seu conteúdo e amplitude típica, pelo que, tais normas são insuscetíveis de aplicação no domínio sancionatório, porque atentatórias do princípio da legalidade, na sua modalidade de tipicidade (e especificamente da exigência de lei certa e determinada).
7. Para além disso, é infundada – e abusiva – a afirmação, constante do ponto 4.1 da Deliberação, no sentido de que “as partes não divergem essencialmente quanto aos factos relevantes para apreciação de mérito sub judice”.
8. Com efeito, a SIC, na sua resposta datada de 4/04/2013, deu oportunamente conta da impossibilidade de aceder a algumas das ligações para onde remetia o DVD anexo à queixa da Sport TV, tendo aí afirmado que “alguns dos links que constam do referido DVD estão inacessíveis, pelo que não foi possível visionar as imagens”.
9. Sucede que a ERC, até à presente data, não disponibilizou à SIC meio alternativo de acesso àqueles supostas imagens nem - que se saiba – oficiou a Sport TV no sentido de vir juntar novo suporte digital dessas supostas imagens.
10. A SIC, não tendo podido aceder, por causa que não lhe é imputável, a várias das ligações constantes do mencionado DVD anexo à queixa apresentada pela Sport TV, e às imagens que seria supostamente possível visualizar através dessas ligações, em bom rigor não conhece sequer todos os factos que subjazem às imputações que lhe são dirigidas neste procedimento, razão pela qual nunca poderia aceitá-los.

11. A Reclamante entende assim que o exercício responsável, leal e transparente das funções de regulação imporia, no mínimo, que fossem suspensos todos os processos administrativos, de contraordenação et al. que, direta ou indiretamente estivessem relacionados com as matérias relativas ao direito a extratos informativos e à utilização de imagens sujeitas a direitos exclusivos, até que a ERC, ouvidos os operadores e ponderados os seus argumentos e perspetivas, chegasse a um veredito final.
12. É precisamente essa suspensão do procedimento que a SIC vem, uma vez mais, requerer nesta Reclamação, ao abrigo do disposto no artigo 7.º do Código de Processo Penal, aplicável ao processo de contraordenação ex vi artigo 41.º, n.º 1 do Regime Geral das Contraordenações, e no artigo 31.º do Código de Procedimento Administrativo.
13. Tal suspensão impõe-se por força do disposto no artigo 83.º do Código do Procedimento Administrativo, que determina à Administração que, “logo que estejam apurados os elementos necessários, conheça de qualquer questão que prejudique o desenvolvimento normal do procedimento ou impeça a tomada de decisão sobre o seu objeto”.
14. A Reclamante alega ainda que, ao não levar a cabo as diligências complementares requeridas na Pronúncia apresentada pela SIC em sede de audiência prévia, a ERC viciou o presente procedimento por deficiência de instrução, violando assim o disposto no n.º 1 do artigo 87.º do Código do Procedimento Administrativo, e o princípio da imparcialidade, na vertente positiva, consagrado no n.º 2 do artigo 266.º da Constituição e reafirmado no artigo 6.º do Código do Procedimento Administrativo.

II. Notificação do contrainteressado

15. Em 7 de fevereiro de 2017, foi notificada a Sport TV Portugal, S.A., como contrainteressada no presente procedimento, para se pronunciar sobre a reclamação da SIC.
16. Em 21 de fevereiro de 2017, a Sport TV apresentou a sua pronúncia, remetendo para o que alegou na sua queixa e para o teor da deliberação n.º 38/2014 (OUT-TV).
17. Realçou ainda que o Conselho Regulador, aquando da adoção da referida deliberação, apreciou os argumentos que a SIC já havia elencado em sede de audiência prévia. Para essa apreciação, com a qual se concorda, também se remete, acrescentando-se ainda que a Diretiva 1/2014, sobre o exercício do direito a extratos informativos e a utilização de imagens sujeitas a direitos exclusivos de transmissão televisiva nem sequer contém qualquer interpretação relativa às al. c) e d) do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão.

III. Análise e apreciação

18. O primeiro argumento da SIC, de acordo com o qual todos os procedimentos que envolvam a apreciação do disposto no n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão deverão ser suspensos, já tinha sido alegado em sede de audiência prévia e, conseqüentemente, respondido na Deliberação 38/2014.
19. Com efeito, nas alíneas k) a q) do Ponto 6.7 da referida Deliberação, o Conselho Regulador da ERC afirma que “não se visa com aquele processo criar nenhuma lei nova, nem sequer interpretar autenticamente a lei em vigor, passando os resultados dessa interpretação a integrá-la”, o que, “para tal nunca seria a ERC competente.”
20. Mais se disse que “o processo de correção iniciado voluntariamente pela ERC, no âmbito das suas competências estatutárias, visa, tão-só, encontrar os pontos de consenso mínimo entre os operadores, em matéria de difusão de extratos informativos, que passem a constituir a norma comum aceite para as suas práticas e a medida e o critério interpretativo com que aqueles passam a contar nas decisões do Regulador. Só. Sem [evidentemente] qualquer carácter vinculativo para outras entidades a quem incumba a aplicação do Direito, maxime, os tribunais.”
21. “Assim sendo, não há qualquer questão prejudicial que possa legitimar a suspensão de qualquer procedimento pendente na ERC. Ao invés, tal suspensão, essa sim, constituiria ato ilegal e, como tal, impugnável”, até porque, “de resto, nada foi nunca afirmado pelo Regulador que pudesse indiciar, sequer, a sua vontade de suspender qualquer procedimento em curso e, por consequência, carece de todo o fundamento a alegação de qualquer venire contra factum proporium nesta matéria”.
22. Em particular, no que se refere ao argumento de que o n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão constitui uma norma sancionatória em branco, considera-se nem ser esse o caso.
23. A propósito de outra norma da Lei da Televisão, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão declarou, na sentença proferida em 6 de janeiro de 2014, no âmbito do processo n.º 3503/12.OTBOER, que “inexiste qualquer norma em branco. Com efeito, o artigo 27.º, n.ºs 3 e 4, da Lei da Televisão impõem condutas aos operadores de televisão. Já o artigo 27.º, n.º 9, do mesmo diploma impõe à ERC que publique e defina os critérios pelos quais irá analisar o incumprimento do artigo 27.º, n.ºs 3 e 4. O artigo 27.º, n.º 9, da Lei da Televisão é uma norma de comando para a ERC, mas que não impõe o respetivo cumprimento para que a norma do artigo

- 27.º, n.ºs 3 e 4 seja eficaz. Nem sequer o Tribunal terá de concordar com os critérios que a ERC enuncia em cumprimento do disposto no artigo 27.º, n.º 9, da Lei da Televisão.”
- 24.** Do mesmo modo, o n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão impõe condutas aos operadores de televisão, e nem sequer prevê, como no caso dos n.ºs 3 e 4 do artigo 27.º, que a ERC densifique o seu conteúdo.
- 25.** Sublinhe-se que, de acordo com o Acórdão 635/2011 do Tribunal Constitucional, a existência de “normas sancionatórias em branco” é transversal a todos os ilícitos sancionatórios, incluindo no ilícito penal. Por isso, este Tribunal já teve ocasião de decidir que as “normas penais em branco” não atentam contra o princípio da legalidade penal, desde que garantam um mínimo de determinabilidade, definindo o núcleo essencial da proibição penal, e que o elemento mutável do tipo de ilícito esteja directamente dependente de critérios de natureza técnica (...). Ora, se este raciocínio vale para o domínio do ilícito penal que é, sem dúvida, o de maior gravidade, do ponto de vista da Constituição, por maioria de razão, deverá aplicar-se aos outros tipos de ilícitos”.
- 26.** No mesmo sentido, a sentença proferida em 6 de janeiro de 2014, no âmbito do processo n.º 3503/12.OTBOER, pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, afirma ainda que “no nosso entender, o artigo 27.º, n.ºs 3 e 4 têm previsões próprias e autónomas. A lei não impõe qualquer regulamentação dos mesmos para a entrada em vigor. Por isso, independentemente da ERC dar ou não cumprimento ao artigo 27.º, n.º 9, da Lei da Televisão, os operadores estão imediatamente adstritos ao cumprimento do disposto no artigo 27.º, n.ºs 3 e 4, da Lei da Televisão.”
- 27.** De facto, “a norma incriminadora não remete para outras normas, como supra se referiu. O que existe, no artigo 27.º, n.ºs 3 e 4, da Lei da Televisão é a utilização de conceitos indeterminados. Tratando-se de normas que preveem condutas qualificadas como ilícitos de mera ordenação social, não têm as mesmas de ter o mesmo grau de precisão e determinação, nos conceitos, que as normas penais, embora, como refere o Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão supra referido, ‘seja indispensável que a sua utilização não obste à determinabilidade objetiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade’. O artigo 27.º, n.ºs 3 e 4, da Lei da Televisão, no nosso entender, cumprem estes requisitos mínimos de determinabilidade objetiva das condutas proibidas.”

28. Do mesmo modo, o n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão utiliza alguns conceitos indeterminados, os quais não obstam à determinabilidade objetiva das condutas que não são lícitas.
29. Portanto, não assiste razão à Reclamante quando defende que o n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão é uma norma sancionatória em branco.
30. Relativamente à questão da impossibilidade da Reclamante de aceder a algumas das ligações para onde remetia o DVD anexo à queixa da Sport TV, saliente-se que a Reclamante não referiu essa impossibilidade quando exerceu o seu direito à audiência prévia, o que significa que esses links não eram essenciais para a SIC se pronunciar sobre o projeto de decisão, pelo que o seu direito de defesa e de contraditório não foi afetado.
31. Por seu turno, a ERC não está obrigada a proceder a todas as diligências instrutórias requeridas pela Reclamante, mas apenas àquelas que considerar que são relevantes para a solução da questão. De facto, o artigo 57.º do Código de Procedimento Administrativo dispõe que “os órgãos administrativos devem providenciar pelo rápido e eficaz andamento do procedimento, quer recusando e evitando tudo o que for impertinente ou dilatatório, quer ordenando e promovendo tudo o que for necessário ao seguimento do procedimento e à justa e oportuna decisão”.
32. Na situação em apreço, as diligências requeridas pela Reclamante (que a Sport TV fosse oficiada para juntar aos autos cópia integral das emissões de todos os seus serviços de programas em 5/02/2013, e a audição do Dr. Alcides Vieira, diretor de informação da SIC, e da Dra. Inês Pires, representante legal da SIC) em nada contribuíam para a decisão do procedimento, pois não trariam quaisquer novos elementos que pudessem ser apreciados pela ERC.
33. Finalmente, cumpre referir que, para além de não ser procedente a pretensão da Reclamante de que o procedimento fosse suspenso até à publicação de uma diretiva sobre os extratos informativos, atualmente tal pretensão é inútil, uma vez que, entretanto, o Conselho Regulador da ERC proferiu, em 21 de maio de 2014, a Diretiva 1/2014, sobre o exercício do direito a extratos informativos e a utilização de imagens sujeitas a direitos exclusivos de transmissão televisiva.
34. Na referida Diretiva, o Ponto 4.4 dispõe que “se considera, em todo o caso, abusiva a inclusão de imagens objeto de direitos exclusivos, decorridas mais de 36 horas após o termo do evento, sempre que a sua manutenção na agenda noticiosa seja artificialmente criada e não se funda noutro evento distinto que mantenha ou reponha o evento objeto dos direitos exclusivos na ordem do dia”.

- 35.** E o Ponto 5.1 da mesma Diretiva determina que “a identificação da fonte das imagens difundidas a partir do sinal emitido pelo titular do direito far-se-á com respeito pelo princípio da boa-fé, devendo ficar clara para qualquer espectador a fonte das imagens objeto dos direitos exclusivos”.
- 36.** Da leitura destes dois pontos da Diretiva 1/2014, não resulta qualquer incompatibilidade com o que foi decidido na Deliberação 38/2014.
- 37.** Face ao exposto, considera-se que não existe qualquer fundamento para a revogação da Deliberação 38/2014.

IV. Deliberação

Tendo apreciado uma reclamação da Deliberação 38/2014 (OUT-TV) deduzida pela SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A., o Conselho Regulador da ERC delibera, ao abrigo do disposto na alínea j) do artigo 8.º dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, e nos artigos 158.º e seguintes do Código de Procedimento Administrativo, considerar improcedente a presente Reclamação.

Lisboa, 22 de agosto de 2017

O Conselho Regulador da ERC

Carlos Magno

Alberto Arons de Carvalho

Luísa Roseira