



ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Deliberação

ERC/2017/183 (OUT-TV)

**Reclamação de VICRA Comunicações, S.A., relativa à Deliberação
ERC/2017/137 (OUT-TV)**

**Lisboa
29 de agosto de 2017**

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação ERC/2017/183 (OUT-TV)

Assunto: Reclamação de VICRA Comunicações, S.A., relativa à Deliberação ERC/2017/137 (OUT-TV)

I. Enquadramento

1. Em 18 de julho de 2017, deu entrada na Entidade Reguladora para a Comunicação Social (doravante, ERC) uma comunicação subscrita pela VICRA Comunicações, S.A., a qual pretende que «*seja dada sem efeito*» a Deliberação ERC/2017/137 (OUT-TV), adotada pelo Conselho Regulador em 20 de junho de 2017.

2. Por via da referida deliberação, foi considerada parcialmente procedente uma queixa apresentada pelo operador Rádio e Televisão de Portugal, S.A. (RTP) contra o serviço de programas A Bola TV, propriedade da VICRA Comunicações, S.A., declarando, assim, pelos motivos aí expostos, a violação das alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (doravante, Lei da Televisão), e determinando, em conformidade, a abertura do procedimento contraordenacional previsto noutros dispositivos desse mesmo diploma legal.

3. Sustenta a VICRA Comunicações, S.A., que a Deliberação em causa se baseia em «*interpretações espúrias dos conceitos dos 90 segundos e de programas regulares de natureza informativa geral*», com isso querendo referir-se aos enunciados das als. a) e b) do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão.

4. A fundamentação da dita Deliberação contenderia inclusive e «*inequivocamente*» com a Diretiva n.º 1/2014, de 21 de maio, da própria ERC, sobre exercício do direito a extratos informativos e a utilização de imagens sujeitas a direitos exclusivos de transmissão televisiva.

5. Mais em concreto, e quanto ao denominado «*conceito dos 90 segundos*»:

a) evoca-se, desde logo, a consulta pública desencadeada pela ERC em agosto de 2013, que veio a culminar na adoção da citada Diretiva n.º 1/2014, e em cujo âmbito teria «*prevalecido o consenso, de todos os operadores presentes [na consulta], no sentido da contagem dos 90 segundos se reportar às imagens retiradas da emissão do titular dos direitos exclusivos*»;

b) sustenta-se que essa mesma interpretação se retira do teor do ponto 3.2. da dita Diretiva n.º 1/2014, cujo sentido a ERC teria pretendido inverter, «*ao arrepio de qualquer interpretação lógica e racional*», ao afirmar que em tal dispositivo pretende esclarecer que «*o limite legal de noventa segundos não se reporta à duração da peça noticiosa onde foram inseridas as imagens mas sim ao extrato contendo imagens cedidas pelo titular dos direitos exclusivos ou captadas pelo próprio operador secundário. É o tempo de emissão da peça noticiosa que pode ultrapassar o tempo total de noventa segundos, não o da exibição dos extratos, imperativamente confinado a tal limite temporal.*» [Deliberação ERC/2017/137 (OUT-TV), cit., n.º 30.2];

c) afirma-se que «*só faltava a Diretiva da ERC impor limites de duração aos programas televisivos*»;

d) entende-se que «*o titular dos direitos exclusivos apenas tem a titularidade das imagens que transmitiu e não do tempo da sua exposição*», pois que «*isso depende exclusivamente dos critérios editoriais de quem utiliza as imagens*»; nada obsta, «*em nome do esclarecimento do público*», que uma imagem tenha de ser exibida durante mais de 90 segundos, ou que uma dada sucessão de imagens seja reproduzida com velocidade mais lenta; para efeitos do disposto na Lei da Televisão, «*o que interessa*», pois, «*é a duração das imagens em bruto recolhidas na fonte e não o tempo da sua utilização, que depende apenas de critérios editoriais*»;

e) sublinha-se, enfim, que «*o direito de propriedade do titular das imagens não pode restringir a liberdade de imprensa e de informação*»; aliás, esta «*é um direito e garantia fundamental (art.º 37.º da Constituição), e o direito de informação (art.º 62.º) é apenas equiparado*».

6. Por sua vez, quanto ao conceito de “*programas regulares de natureza informativa geral*”, e após recordar o enunciado do ponto 2.3. da Diretiva n.º 1/2014, vem a VICRA Comunicações, S.A., alegar que o regulador dele retira uma interpretação contrária ao sentido de um dispositivo por ele mesmo aprovado e, além disso, ao arrepio de «*decisões de foro judicial especializado*». Nesse sentido, reproduz o extrato de uma sentença proferida pelo Tribunal da Propriedade Intelectual [proc. n.º 12669/14.4T8LSB], que terá sido confirmada pelo Tribunal da Relação de Lisboa, com o seguinte teor:

«Entendemos assim que o facto de o canal televisivo da R. ser temático de desporto e que a duração dos programas ser preenchida, quase na íntegra, com temática exclusivamente dedicada ao desporto e assim denominados pela própria R., não é de molde a excluir a aplicação à mesma a faculdade legal de à transmissão de breves extratos das de imagens dos referidos jogos cujos direitos de transmissão pertencem à A., sem necessidade de autorização desta ou

qualquer pagamento, não se mostrando violado o disposto no n.º 4 alínea b) do artigo 33.º da Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, na redação conferida pela Lei n.º 8/2011 de 11 de abril».

II. Auscultação da RTP como contrainteressada

7. Notificada ao abrigo e para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 192.º do CPA, não se pronunciou a RTP no prazo de 15 dias para tanto legalmente fixado.

III. Inimpugnabilidade da deliberação reclamada

8. Conquanto nenhum dispositivo legal em concreto seja invocado em abono da pretensão assim formulada, afigura-se que a mesma terá intentado assumir a figura do instituto jurídico da *reclamação*, tal como consagrado nos artigos 184.º a 192.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA) vigente.

9. É essa, com efeito, a qualificação que o regulador pode razoavelmente atribuir à reação desencadeada pela VICRA Comunicações, S.A. (doravante, Reclamante), à adoção da Deliberação *supra* identificada, face aos termos da mesma e tendo em conta os mecanismos de impugnação consagrados na nossa ordem jurídico-administrativa.

10. Importa questionar se a supracitada Deliberação ERC/2017/137 (OUT-TV) será impugnável, a essa luz.

11. O artigo 191.º do CPA prevê e consagra a possibilidade de reclamação para o autor da prática ou omissão de qualquer ato administrativo, a qual seguirá a tramitação consignada no artigo 192.º do mesmo normativo legal.

12. Contudo, tendo em conta o enquadramento sistemático da norma e a referência expressa à reclamação «de qualquer ato administrativo», convirá precisar se o ato ora impugnado detém justamente a natureza de ato administrativo. O artigo 148.º do CPA traça o conceito de ato administrativo considerando nele «as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta». Ora, é este último elemento que claramente se encontra em falta na deliberação impugnada para que possa considerar-se esta como a consumação de um ato administrativo, concretamente quanto à produção de efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta.

13. Efetivamente, e como acima se assinalou (*supra*, n.º 2), a deliberação impugnada limitou-se a declarar, quanto ao serviço de programas A Bola TV, propriedade da ora Reclamante, e pelos motivos aí expostos, a violação do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão, determinando, em conformidade, a abertura do procedimento contraordenacional previsto na alínea do n.º 1 do artigo 76.º, no n.º 1 do artigo 78.º, e no n.º 2 do artigo 93.º desse mesmo diploma legal.

14. Ora, e como é evidente, a declaração de violação dos preceitos referidos não produziu, por si só, quaisquer efeitos jurídicos externos na situação individual em concreto considerada. Nem poderia visar, sequer, um tal propósito.

15. E o mesmo se verifica, com as necessárias adaptações, quanto à determinação de abertura de um dado procedimento contraordenacional, nos termos expostos. A decisão que venha a ser adotada em sede de tal procedimento é que poderá (ou não) acarretar uma produção de efeitos com as características tipificadas no supracitado artigo 148.º do CPA.

16. Destarte, a Deliberação ERC/2017/137 (OUT-TV) não se constituiu, pois, em instrumento jurídico vinculativo passível de impor deveres ou obrigações, ou sequer de causar dano ou lesão ao destinatário ou a terceiros.

17. A deliberação em causa não é, assim, passível de ser classificada como um ato administrativo, sendo, nessa medida, inimpugnável nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 184.º e 191.º do CPA.

IV. Questões substanciais

18. Apesar de desde já se declarar a improcedência da reclamação com fundamento na impugnabilidade da deliberação reclamada, entende-se ainda assim concluir, em abono da missão de esclarecimento que deve nortear a atividade do regulador, que não tem razão a Reclamante quanto às questões substanciais que fundamentam a sua reação à Deliberação ERC/2017/137 (OUT-TV).

19. Desde logo, e quanto ao denominado «*conceito dos 90 segundos*» (*supra*, n.º 5), não é verdadeira a afirmação que sustenta a existência de um consenso entre todos os operadores consultados a favor do entendimento sustentado pela Reclamante neste contexto. E, ressalvado o devido respeito por um tal entendimento, que porventura existisse, não se vê porque o mesmo

deveria prevalecer sobre aquele defendido pelo regulador, à luz dos argumentos por este expostos e devidamente fundamentados na Deliberação reclamada.

20. Até porque o restante argumentário aduzido pela ora Reclamante não incorpora qualquer novidade relativamente à posição já sustentada no âmbito do procedimento de queixa que deu lugar à sobredita Deliberação. De facto, nenhum elemento ou argumento foi apresentado que não tivesse sido já merecido ponderação e obtido resposta fundamentada nos §§ 30.1., 30.2. e 30.3. da Deliberação ora reclamada, não se justificando, pois, qualquer eventual alteração da posição aí então defendida pelo Conselho Regulador¹.

21. Ainda assim, afigura-se oportuno e mesmo necessário neste particular esclarecer a Reclamante sobre dois aspetos.

22. Por um lado, a interpretação – fundamentada, repete-se – que o regulador faz dos ditames que enformam o regime jurídico dos extratos informativos não configura a «*imposição de limites de duração aos programas televisivos*» (*supra*, n.º 5. c)), quaisquer que eles sejam. Os programas televisivos em geral podem, naturalmente, ter a duração que os operadores televisivos bem entendam. Mas já não é legítimo que a duração de um dado programa regular de natureza informativa geral, ou de uma componente desse mesmo programa, seja mantida, ou prolongada, no todo ou em parte, à custa da difusão *abusiva* de extratos informativos, e desprovida portanto de correspondência com uma utilização normal, regular, do exercício desse mesmo direito. Um programa regular de natureza informativa geral poderá, assim, ter uma duração de uma, duas, quatro horas, por exemplo, mas a difusão de extratos informativos relativos a eventos que integrem a previsão do n.º 1 do artigo 33.º da Lei da Televisão deverá impreterivelmente «limitar-se à duração estritamente indispensável à perceção do conteúdo essencial» dos eventos em questão, «desde que não exceda noventa segundos», cuja contagem deve ser apurada nos moldes já descritos.

23. Por outro lado, suscita também reparos a afirmação da Reclamante de acordo com a qual «*o direito de propriedade do titular das imagens [rectius, do titular do exclusivo] não pode restringir a liberdade de imprensa e de informação*» (*supra*, n.º 5.e)).

24. Desde logo, deve notar-se que o fundamento e a conformação do regime do direito a extratos informativos partem de uma visão diametralmente oposta a essa, no sentido de que o exercício desse direito implica sempre e necessariamente uma restrição ao direito de propriedade privada e à liberdade de empresa. Com efeito, o regime consagrado no artigo 33.º da Lei da Televisão visa

¹ Aliás, esta não é sequer uma posição nova ou original do regulador, pois que a mesma já foi defendida na Deliberação ERC/2016/154 (OUT-PC), de 29 de junho de 2016. Cfr. a propósito a nota 7 da Deliberação reclamada.

garantir uma vertente essencial do direito à informação², quando este incide sobre acontecimentos públicos objeto de direitos exclusivos de transmissão televisiva. E os acontecimentos públicos a que se refere esse mesmo artigo são casuisticamente selecionados de acordo com os critérios editoriais de cada operador televisivo interessado em assegurar a transmissão de breves extratos dos mesmos, de natureza informativa. O exercício do direito a informar encontra-se, em tais casos, sujeito a determinadas regras e limites, tendentes a assegurar um justo equilíbrio – uma ponderação adequada – entre as exigências decorrentes desse mesmo direito e o direito de propriedade e a liberdade de empresa do titular do exclusivo.

25. E é em nome e para efeitos dessa ponderação adequada de interesses que, designadamente, e consoante a ERC teve já em momento próprio oportunidade de sublinhar³, se retira do artigo 33.º da Lei da Televisão um *princípio de suficiência*, no sentido de que «o direito a informar deve ser exercido obedecendo a um critério estrito de produção da informação que atenda “à perceção do conteúdo essencial dos acontecimentos em questão” (cfr. alínea a) do n.º 3 do artigo 33.º da Lei da Televisão)». Pelo que não cabe, assim, reear, nesta sede, por alegadas restrições (injustificadas) à liberdade de imprensa e de informação.

26. Também a argumentação expandida pela ora Reclamante no tocante aos *programas regulares de natureza informativa geral* (*supra*, n.º 6) se mostra claramente improcedente.

27. Afirma a Reclamante que os extratos analisados na Deliberação reclamada «*foram exibidos em programas regulares, naturalmente dedicados ao desporto, com particular relevância para a notícia de interesse nacional, que foi a conquista do campeonato da Europa. E não num programa “Especial Desporto”, que não existe [sic], conforme referido na decisão contraordenacional*».

28. Tais declarações da ora Reclamante são tanto mais estranhas e insustentáveis quanto é certo resultar dos §§ 39 a 44 da Deliberação identificada que a análise, nesta, da aplicabilidade da qualificação a que se refere a alínea b) do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão se circunscreveu a um único programa, precisamente denominado “Especial Desporto”.

29. Sendo de igual modo inequívoco que esse programa foi transmitido nas datas e períodos horários discriminados no § 29 da Deliberação em causa, e no qual foram incluídos extratos de eventos objeto de direitos exclusivos detidos pela RTP.

² Bem como – em plano diverso – a promoção do pluralismo através da diversidade de produção de informação e de programas (cfr. a propósito o considerando 48 da Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual).

³ Deliberação 3/OUT-TV/2009, adotada pelo Conselho Regulador da ERC em 22 de abril de 2009, disponível em <http://www.erc.pt/pt/deliberacoes/deliberacoes/2009/78>.

30. Não se compreende, pois, como a Reclamante vem negar a existência de tal programa⁴, nem como, para mais, pretende ancorar essa pretensa inexistência numa “*decisão contraordenacional*” inteiramente desconhecida da ERC, a esta alheia, e desprovida, decerto, de qualquer conexão com a Deliberação por esta adotada.

31. Nem se vislumbra o sentido ou alcance da transcrição parcial de uma sentença proferida pelo Tribunal da Propriedade Intelectual, cujo objeto e intervenientes em concreto a ERC ignora, até porque o seu teor não se encontra publicamente disponível, e relativamente à qual o regulador não pode, portanto, pronunciar-se com a devida propriedade. Sem prejuízo da ressalva enunciada, e à estrita luz da transcrição facultada pela Reclamante (*supra*, n.º 6), ainda assim sempre se observará ser para a ERC pacífico que canais temáticos de desporto podem transmitir programas de informação geral⁵ e que, sob certas condições, a natureza informativa geral de um programa não fica excluída pelo facto de a [sua] programação ser de carácter temático, nomeadamente desportiva⁶.

32. Seja como for, de um ou de outro modo, certo é que a Reclamante decididamente ignora, neste particular, o *aspecto decisivo* com base no qual o regulador considerou que o supracitado programa “Especial Desporto” não integrava a previsão da alínea b) do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Televisão. Residia esse aspeto, consabidamente, no carácter regular que a lei⁷ exige neste particular e que, manifestamente, esse programa não possui. Com efeito, e consoante então se assinalou, no § 43 da Deliberação reclamada, o programa “Especial Desporto” não reveste a natureza de programa regular de natureza informativa geral, dado não caberem nesta designação «as edições isoladas de programas destinadas à cobertura de um evento específico» - no caso, a conquista do Euro 2016.

33. Na verdade, o carácter regular de um programa implica, desde logo, que este apresente várias edições e que estas sejam emitidas dentro de uma repetição circular, que tenha uma periodicidade (diária, semanal, etc.), excluindo, pois, as edições especiais destinadas a acompanhar acontecimentos isolados e/ou disruptivos, sendo esse manifestamente, o caso do programa em questão.

⁴ À semelhança do já sustentado em sede de oposição à queixa que esteve na base da Deliberação reclamada: v. a propósito o § 10 da Delib. citada.

⁵ Cfr. a propósito o considerando 55 da Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual.

⁶ Cfr. a propósito o ponto 2.3. da Diretiva 1/2104, citada.

⁷ Nesta matéria, a lei portuguesa é, assim, mais exigente do que o legislador comunitário, sendo essa possibilidade admitida pela própria Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual (cfr. a propósito o artigos 15.º, n.º 6, 1.ª parte, e 4.º, n.º 1).

V. Deliberação

Em face do exposto, o Conselho Regulador delibera:

A reclamação apresentada pela VICRA Comunicações, S.A., por via da qual se requer que seja dada sem efeito a Deliberação ERC/2017/137 (OUT-TV), de 20 de junho de 2017, é declarada improcedente, com base nos fundamentos *supra* explanados.

Lisboa, 29 de agosto de 2017

O Conselho Regulador,

Carlos Magno

Alberto Arons de Carvalho

Luísa Roseira