



ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Deliberação

ERC/2016/264 (PLU-PC)

Processo Contraordenacional – Coberturas jornalística das eleições de 2009

**Lisboa
7 de dezembro de 2016**

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação ERC/2016/264 (PLU-TV-PC)

Assunto: Processo Contraordenacional – Coberturas jornalística das eleições de 2009

Em processo de contraordenação instaurado por decisão do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, adotada em 21 de abril de 2010, ao abrigo das competências cometidas a esta Entidade, designadamente as previstas nos artigos 24.º n.º 3, alíneas a) e ac), e 67.º, n.º 1, dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, conjugada com o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, é notificada a empresa TVI- TELEVISÃO INDEPENDENTE, S.A., com sede na R. Mário Castelhana, n.º 40, QUELUZ DE BAIXO, 2749-502 BARCARENA da

Deliberação ERC/2016/264 (PLU-TV-PC)

Nos termos e com os fundamentos seguintes:

I. OS FACTOS

- 1.** O Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, reunido em 21 de abril de 2010, aprovou a Deliberação 1/PLU/2010 relativa à cobertura jornalística das eleições legislativas de 2009, na decorrência das obrigações que incumbem a esta Entidade, nos termos do disposto nos artigos 39.º n.º 1 alínea f) da Constituição da República Portuguesa, 7.º, al. a); 8.º, alíneas d) e e); 24.º n.º 3, al. a) e 63.º dos respetivos Estatutos, aprovados pela Lei n.º 53/2005 de 8 de novembro (EstERC) e associando-se à orientação da Comissão Nacional de Eleições no sentido de assegurar, ao abrigo da alínea d) do n.º 1 do art.º 5.º da Lei n.º 71/78 de 27 de dezembro, a igualdade de oportunidades de ação e propaganda das candidaturas durante as campanhas eleitorais, tal como igualmente estabelecido pela Diretiva da ERC n.º 2/2009 de 29 de julho de 2009. – Cfr. fls. 1 a 3 do processo administrativo ERC/11/2012/1002.

- 2.** Nessa Deliberação, que contém, em anexo, o Relatório sobre o grau de execução da referida Diretiva, em matéria de eleições legislativas de 2009, abrangendo o período de análise - de 27 de Agosto a 25 de Setembro de 2009 -, verificou-se que, por via de ofício datado de 18 de setembro de 2009, foi solicitado aos órgãos de comunicação social abrangidos por aqueles normativos, ao abrigo da competência prevista no art.º 53.º EstERC, que remetessem à ERC informação que permitisse verificar a observância dos princípios neles definidos sobre a participação de candidatos a eleições em debates, entrevistas, comentário e outros espaços de opinião nos diferentes órgãos de comunicação social. - Cfr. fls. 4 a 138 do processo administrativo ERC/11/2012/1002.
- 3.** O ofício em causa, numerado como 7137/ERC/2009, foi endereçado ao Diretor de Informação da TVI, Júlio Magalhães, tendo seguido por correio nacional registado para a sede da Arguida, não tendo havido qualquer indicação de extravio ou de devolução do mesmo. - Cfr. fls. 4 a 6 do processo administrativo ERC/11/2012/1002.
- 4.** Os elementos pretendidos pela ERC incidiam, nomeadamente, e conforme consta explícita e detalhadamente do referido ofício, sobre:

 1. Datas e horários da primeira emissão, no serviço de programas de televisão temático informativo de acesso não condicionado livre TVI, de programas de entrevista, debate, comentário ou outro género de opinião nos quais tivessem participado, ou estivesse programado participarem, candidatos/candidaturas às eleições legislativas de 27 de setembro de 2009, que tivessem ocorrido nos 30 dias anteriores à data das eleições e identificação das respetivas candidaturas;
 2. Datas e horários da primeira emissão, no serviço de programas de televisão temático informativo de acesso não condicionado com assinatura, TVI24, de programas de entrevista, debate, comentário ou outro género de opinião nos quais tivessem participado, ou estivesse programado participarem, candidatos às eleições legislativas de 27 de setembro de 2009, que tivessem ocorrido nos 30 dias anteriores à data das eleições e identificação das respetivas candidaturas.
- 5.** Verificou-se que no prazo estabelecido para o efeito a Arguida não remeteu à ERC os elementos informativos solicitados por via do referido ofício, ao contrário dos demais órgãos de comunicação social, os quais se mostraram, em geral, colaborantes.

6. No prazo máximo concedido para o efeito, que era de trinta dias, conforme dispõe o art.º 53.º n.º 5 EstERC, a Arguida nada disse em justificação da sua omissão, não tendo igualmente solicitado qualquer prorrogação do mesmo prazo ou sequer pedido qualquer esclarecimento.

II. DEFESA DA ARGUIDA

7. Notificada para os efeitos do exercício do contraditório, vem a Arguida, por carta entrada na ERC a 27 de fevereiro de 2015 exercer o seu direito ao contraditório, o que faz, invocando, essencialmente, a nulidade da Acusação, por, alegadamente, nela inexistirem factos suficientes e essenciais ao preenchimento do tipo legal de contraordenação pela qual vem acusada, faltando, nomeadamente, referências ao ofício que vem acusada de incumprir, data e pessoa que o terá recebido, o que terá sido efetivamente pedido no mesmo e qual o prazo concedido para a satisfação daquela pretensão. - Cfr. fls. 302 a 307 do processo administrativo ERC/11/2012/1002.
8. Defende, desta forma, estar impossibilitada de exercer a sua defesa efetiva, o seu direito ao contraditório, e bem assim, de apresentar provas destinadas a evidenciar a sua posição de facto e de direito. - cfr. fls. 302 a 307 do processo administrativo ERC/11/2012/1002.
9. Assim, a acusação terá, alegadamente, violado o disposto na alínea b) do n.º 3 do art.º 283.º do CPP, aplicável *ex vi* dos n.ºs 1 e 2 do art.º 41.º do DL n.º 433/1982 e n.º 10 do art.º 32.º da CRP (art.º 11.º e 12.º da defesa escrita).- Cfr. fls. 304 do processo administrativo ERC/11/2012/1002.
10. Por último, refere que o dever de colaboração dos órgãos de comunicação social para com a ERC não só não é ilimitado como tem de corresponder a elementos e informações que só possam ser fornecidos pelos próprios e que estes tenham disponíveis (art.º 14.º e 17.º da defesa escrita) e está circunscrito à matéria das funções e competências legalmente atribuídas à ERC (art.º 15.º da defesa escrita), sendo que, segundo a Arguida, *“a garantia e fiscalização da igualdade de oportunidade e participação das candidaturas durante as campanhas eleitorais não é atribuição da ERC, mas da CNE”* (art.º 16.º da defesa escrita). - Cfr. fls. 304 a 305 do processo administrativo ERC/11/2012/1002.
11. Termina pedindo o arquivamento dos autos por, segundo alega, inexistir qualquer infração por parte da arguida. - Cfr. fls. 305 do processo administrativo ERC/11/2012/1002.

III. O DIREITO

- 12.** A ERC é competente para assegurar o respeito pelo pluralismo cultural e assegurar a diversidade de expressão das várias correntes de pensamento e opinião nos termos do disposto no art.º 39.º n.º 1 f) da CRP e artigos 7.º a), 8.º d) e e), 24.º n.º 3 a) e), por último, 63.º a) dos respetivos Estatutos, aprovados pela Lei n.º 53/2005 de 8 de novembro (EstERC), tendo sido ao abrigo desta última, que o Conselho Regulador da ERC emitiu a Diretiva 2/2009 sobre a participação de candidatos a eleições em debates, entrevistas, comentários e outros espaços de opinião nos órgãos de comunicação social, de 29 de julho de 2009, associando-se à orientação da Comissão Nacional de Eleições de assegurar, ao abrigo da alínea d) do n.º 1 do art.º 5.º da Lei n.º 71/78 de 27 de dezembro, a igualdade de oportunidades de ação e propaganda das candidaturas durante as campanhas eleitorais, tal como decorre igualmente do disposto no art.º 12.º do Decreto-Lei n.º 85-D/75, de 26 de Fevereiro.
- 13.** Os elementos solicitados pela ERC aos órgãos de comunicação social ao abrigo da referida Diretiva 2/2009 reportam-se aos trinta dias que antecederam o ato eleitoral, pelo que dizem respeito ao chamado período de pré-campanha eleitoral, e não apenas ao período de campanha eleitoral, o qual é definido no art.º 53.º da Lei Eleitoral para a Assembleia da República (Lei n.º 14/79, de 16 maio, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, Lei n.º 14-A/85, de 10 julho, Decreto-Lei n.º 55/88, de 26 fevereiro, Lei n.º 5/89, de 17 março, Lei n.º 18/90, de 24 julho, Lei n.º 31/91, de 20 julho, Lei n.º 72/93, de 30 novembro, Lei n.º 10/95, de 7 abril, Lei n.º 35/95, de 18 agosto, Lei Orgânica n.º 1/99, de 22 junho, Lei Orgânica n.º 2/2001, de 25 agosto, Lei Orgânica n.º 3/2010, de 15 de dezembro, e Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de novembro) como decorrendo entre o 14.º dia anterior e as 24 horas da antevéspera do dia designado para as eleições.
- 14.** Trata-se, pois, reconhecidamente, de uma área de competência partilhada entre a ERC e a CNE, competindo à primeira a prossecução dos seus objetivos de regulação, nomeadamente o pluralismo ideológico e a liberdade de expressão, pelas formas e com recurso aos mecanismos que entender mais adequados, como é o caso da Diretiva n.º 2/2009 de 29 de julho, em cumprimento da qual foram solicitados elementos à Arguida, na pessoa do seu Diretor de Informação em funções à data, o qual tem as competências previstas no art.º 35.º n.º 2 da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (Lei n.º 27/2007 de 30 de Julho retificada pela Declaração de Retificação n.º 82/2007, e alterada pelas Leis n.ºs 8/2011, de 11 de Abril, e 40/2014, de 9 de julho).

- 15.** O artigo 7º dos Estatutos da ERC consagra aqueles que «*constituem objectivos da regulação do sector da comunicação social a prosseguir pela ERC*», dispondo o nº 5 do artigo 53º dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, que para a sua prossecução «*[a]s entidades que prosseguem actividades de comunicação social devem prestar à ERC toda a colaboração necessária ao desempenho das suas funções, devendo fornecer as informações e os documentos solicitados, no prazo máximo de 30 dias, sem prejuízo da salvaguarda do sigilo profissional e do sigilo comercial.*»
- 16.** Nos termos do disposto no art.º 53.º n.º 5 dos EstERC, “*As entidades que prosseguem actividades de comunicação social devem prestar à ERC toda a colaboração necessária ao desempenho das suas funções, devendo fornecer as informações e os documentos solicitados, no prazo máximo de 30 dias, sem prejuízo da salvaguarda do sigilo profissional e do sigilo comercial.*”
- 17.** Nesta mesma sequência dispõe o art.º 68.º EstERC, que “*Constitui contraordenação, punível com coima de (euro) 50.000 a (euro) 250.000, quando cometida por pessoa coletiva, a inobservância do disposto nos n.ºs 5 e 6 do artigo 53.º dos presentes Estatutos.*”

IV. APRECIÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO

- 18.** Alega a Arguida, conforme já se descreveu supra, o seguinte:
- i. A acusação não comporta todos os elementos necessários, nomeadamente os factos que sustentam a acusação, limitando assim a Arguida ao direito ao contraditório, devendo assim ser considerada nula;
 - ii. Que o dever de colaboração dos órgãos de comunicação social não é ilimitado como tem de corresponder a elementos e informações que só podem ser fornecidos pelos próprios e que estes tenham disponíveis;
 - iii. E que o dever de colaboração no caso concreto, para com a ERC, não se inscrevia nas suas funções uma vez que a garantia e fiscalização da igualdade de oportunidade e participação das candidaturas durante as campanhas eleitorais não é uma atribuição, nem função da ERC, mas da CNE (Comissão Nacional de Eleições). – cfr. fls. 302 a 305 do processo administrativo ERC/11/2012/1002.
- 19.** Ora no caso concreto relativamente à questão da acusação em que a mesma não comporta todos os elementos necessários, tal argumento referido pela Arguida não poderá proceder, pois na verdade resulta dos próprios autos que da notificação anexa ao Ofício 653/ERC/2015

estavam elencados os seguintes elementos, os quais eram mais do que suficientes para a Arguida poder exercer o seu direito à defesa, conjuntamente com os que tinha na sua posse:

1. Normas legais habilitantes em termos de competência da ERC e de fundamentação para instauração do presente processo contraordenacional;
2. Identificação correta e completa do ato de instauração do processo contraordenacional, do qual, aliás, a Arguida já tinha um conhecimento prévio por virtude de ter sido chamada a pronunciar-se sobre o respetivo Projeto, em dezembro de 2009, conforme acima se deixou indicado;
3. Identificação do ofício a que a Arguida deveria ter reagido, no prazo legal, determinado no mesmo e no art.º 53.º n.º 5 EstERC e da data com que o mesmo foi enviado (18 de setembro), bem como o suficiente grau de detalhe sobre o respetivo conteúdo, que permitisse à Arguida saber do que se tratava e despoletar procedimentos internos de localização do mesmo e de defesa;
4. Estava assim completamente indicado o elemento objetivo da infração.

Mais:

5. Referência às passagens da Deliberação 1/PLU/2010 de 21 de abril de 2010 em que o comportamento da Arguida era classificado como muito negativo e fundamentação dessa apreciação, nomeadamente face à conduta adotada pelos demais órgãos de comunicação social.
6. Intervalo da coima aplicável, em abstrato, à conduta de que a Arguida era acusada.
7. Referência ao elemento subjetivo da infração, indicando-se o dolo direto. – cfr. fls 295 a 297b) do processo administrativo ERC/11/2012/1002.

20. Pelo exposto, o argumento de falta de fundamentação da acusação improcede, face à existência e conhecimento por parte da Arguida de todos os elementos necessários para o pleno entendimento dos factos pelos quais estava acusada e exercício do direito ao contraditório.

21. Aliás, se assim não fosse a Arguida não poderia ter alegado o constante dos artigos 1º a 5º e 14º a 17º da sua defesa. – cfr. fls 295 a 297b) do processo administrativo ERC/11/2012/1002.

22. A verdade é que a arguida não sustenta nem de facto e de direito, qualquer explicação para o não cumprimento da obrigação a que se encontrava adstrita.

- 23.** Note-se que, de todos os órgãos de comunicação social notificados, a Arguida foi a única que nunca apresentou qualquer justificação para a falta de satisfação do pedido da ERC.
- 24.** Ora no caso concreto, a Arguida tendo sido notificada em 18 de Setembro de 2016 para colaborar com a ERC, deveria ter remetido todos os elementos informativos solicitados de modo a que esta Entidade, ao abrigo da alínea d) do n.º 1 do art.º 5.º da Lei n.º 71/78 de 27 de dezembro, pudesse assegurar a igualdade de oportunidades de ação e propaganda das candidaturas durante as campanhas eleitorais, tal como igualmente estabelecido pela Diretiva n.º 2/2009 de 29 de julho de 2009.
- 25.** O não cumprimento de tal colaboração, necessária para o desempenho das funções da Entidade Reguladora, é punido nos termos do artigo 68º dos Estatutos da ERC, o qual sob a epígrafe «*recusa de colaboração*» e conforme já referido anteriormente, estabelece o seguinte:
- «Constitui contra-ordenação, punível com coima de (euro) 5000 a (euro) 25000, quando cometida por pessoa singular, e de (euro) 50000 a (euro) 250000, quando cometida por pessoa colectiva, a inobservância do disposto nos n.os 5 e 6 do artigo 53.º dos presentes Estatutos.»*
- 26.** Constata-se ainda que a Arguida para além de pôr em causa a competência desta Entidade Reguladora, aspeto já substancialmente tratado supra, vem também expor que “*o dever de colaboração dos órgãos de comunicação social para com a ERC (...) tem de corresponder a elementos e informações que só possam ser fornecidos pelos próprios e que estes tenham disponíveis*” (artigos 14.º e 17.º da defesa escrita).
- 27.** Sucede que tal como já se referiu supra a Arguida apesar de devidamente notificada para prestar os esclarecimentos necessários à ERC, com fundamento no dever de colaboração nº 5 do artigo 53º da Lei nº 53/2005, não cumpriu o dever a que estava adstrita, nem sequer respondeu ao mesmo ofício ou comunicou qualquer putativa impossibilidade ou não disponibilidade de tais elementos e informações, demonstrando assim um total desrespeito perante a notificação enviada e pelas competências e funções do Regulador.
- 28.** A ratio do dever de colaboração contido no nº 5 do artigo 53º da Lei nº 53/2005 é bem explanada no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 26 de maio de 2015, referente ao processo nº 206/14.5YUSTR.L1-5, no qual se salienta que este dever de colaboração existe em várias entidades reguladoras, sendo que «[...]tais deveres

funcionam como uma contrapartida pelo exercício de actividades económicas sujeitas a regulação.

- 29.** Utilizando a síntese de P. Sousa Mendes, poderemos dizer que *“se partirmos do princípio que as actividades económicas ligadas ao exercício do direito de iniciativa privada (artigo 61.º CRP) não são absolutamente livres, mas estão sujeitas a restrições e condicionamentos que resultam da necessidade de protecção do interesse público em geral e dos interesses de terceiros em particular, bem se compreende que o legislador possa exigir dos particulares que queiram desenvolver tais actividades a máxima lealdade para com o Estado, especialmente quando estiverem de frente das autoridades reguladoras competentes, o que implicará que tenham um dever geral de colaborar com essas autoridades, nos termos legalmente impostos.”* (P. de Sousa Mendes, *“O procedimento sancionatório especial por infracções às regras de concorrência”, in “Regulação em Portugal: Novos tempos, novo modelo?”, Almedina, Coimbra, 2007, p. 717*). A obrigação de prestar informações e entregar documentos, à Autoridade da Concorrência, como entidade reguladora – fortalecida pela cominação de coima - surge como condição de eficácia da efectiva salvaguarda do princípio da concorrência – constitucionalmente protegido, designadamente em decorrência da alínea f) do artigo 81.º da Lei Fundamental, como já vimos – num domínio em que a colaboração dos agentes económicos se torna fundamental para a fiscalização, verificação e sancionamento da existência de comportamentos infraccionais. [...]

Os transcritos fundamentos são plenamente aplicáveis, mutatis mutandis, à questão ora em apreciação, em que está em causa a obrigação de prestar informações à Entidade Reguladora para a Comunicação Social que, de acordo com o artigo 1º dos respectivos Estatutos – aprovados pela Lei nº 53/2005, de 08/11 – exerce poderes de regulação e de supervisão relativamente a todas as entidades que, sob jurisdição do Estado Português, prossigam actividades de comunicação social, mormente as enunciadas no seu artigo 6º, onde se incluem as pessoas singulares ou colectivas que editem publicações periódicas, independentemente do suporte de distribuição que utilizem – alínea b) - com os objectivos que definidos se mostram no artigo 7º.

Com efeito, pese embora a Lei Fundamental consagre no seu artigo 38º a liberdade de imprensa e meios de comunicação social, menos certo não é que no artigo 39º se consagra a existência de uma entidade independente com o escopo de assegurar, nos meios de comunicação social, o direito à informação e a liberdade de imprensa, a não concentração da titularidade dos meios de comunicação social, a independência perante o poder político e o

poder económico, o respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais, o respeito pelas normas reguladoras das actividades de comunicação social, a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião e o exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política, pelo que também aqui estamos perante uma actividade de exercício não completamente livre, mas com condicionamentos, o que não podia deixar de ser do conhecimento da recorrente desde o momento em que à mesma se dedicou.

É, é precisamente com vista à prossecução desses objectivos legalmente estabelecidos e no exercício da supervisão que, no artigo 53.º, n.ºs 5 e 6 da Lei n.º 53/2005, se impõe o dever de colaboração com a ERC para as entidades que prosseguem actividades de comunicação social e estão sujeitas ao seu regime, quer fornecendo as informações e documentos pedidos, quer comparecendo os seus administradores, directores e outros responsáveis, perante o conselho regulador ou quaisquer serviços da Entidade Reguladora.

- 30.** Ora com a conduta acima descrita, violou a Arguida o disposto no artigo 53.º, n.º 5, dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, pelo que incorreu na prática da contraordenação prevista no artigo 68.º do mesmo diploma, estando, conseqüentemente, sujeita à aplicação de uma coima cujo montante mínimo é de € 50.000 e máximo de € 250.000.
- 31.** A Arguida opera no mercado da comunicação social há vários anos, sendo que, tem obrigação de conhecer a lei a que está adstrita, nomeadamente os Estatutos da ERC.
- 32.** Estabelecendo o n.º 1 do artigo 8.º do RGCO que só é punível o facto praticado com negligência nos casos especialmente previstos na lei, o que não sucede na previsão do artigo 53.º dos Estatutos da ERC, não estando especialmente prevista a punibilidade da negligência em caso de incumprimento do aí preceituado.
- 33.** Assim e dado que da factualidade apurada e da prova produzida não resulta a convicção de que a Arguida terá agido com dolo, ou seja que a omissão do dever se deu voluntária e intencionalmente conforme refere o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra no processo 1184/08.5TBCBR.C1 de 04-03-2009: «I. - O dolo, pode ser definido, de uma forma sintética, como o conhecimento e vontade de praticar o facto e reveste qualquer uma das modalidades previstas no art. 14.º, do C. Penal, ex vi, art. 32.º, do RGCO, a saber: dolo directo [o agente representa o facto que preenche o tipo e actua com intenção de o realizar], dolo necessário [o agente representa a realização de um facto que preenche o tipo como consequência necessária da sua conduta] e dolo eventual [o agente representa a realização de um facto

que preenche o tipo como consequência possível da sua conduta e actua conformando-se com aquela realização].»

- i. Pelo exposto, prova produzida e constante dos autos resulta assim que a Arguida não procedeu com o cuidado que se impunha, mas não se prova que tenha existido intenção e consequentemente dolo na sua omissão, pelo que nos termos e ao abrigo do previsto no n.º 2 do artigo 54.º do RGCO se determina o arquivamento do processo.

Prova: A constante do Processo ERC/11/2012/1002.

Lisboa, 7 de dezembro de 2016

O Conselho Regulador,

Carlos Magno

Alberto Arons de Carvalho

Luísa Roseira