



ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Deliberação

ERC/2021/226 (PUB-TV-PC)

Decisão nos procedimentos contraordenacionais instaurados pelas Deliberações ERC/2017/128 (PUB-TV), de 7 de junho de 2017, e ERC/2017/248 (PUB-TV), de 29 de novembro de 2017, contra a TVI – Televisão Independente, S.A., na qualidade de proprietária do serviço programas TVI

Lisboa

14 de julho de 2021

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação ERC/2021/226 (PUB-TV-PC)

Assunto: Decisão nos procedimentos contraordenacionais instaurados pelas Deliberações ERC/2017/128 (PUB-TV), de 7 de junho de 2017, e ERC/2017/248 (PUB-TV), de 29 de novembro de 2017, contra a TVI – Televisão Independente, S.A., na qualidade de proprietária do serviço de programas TVI

I. Relatório

1. Em processos de contraordenação instaurados pelas deliberações do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social – Deliberação ERC/2017/128 (PUB-TV), de 7 de junho de 2017 e Deliberação ERC/2017/248 (PUB-TV), de 29 de novembro de 2017 – ao abrigo das competências cometidas a esta Entidade, designadamente as previstas nos artigos 24.º, n.º 3, alínea ac), e 67.º, n.º 1, dos Estatutos da ERC, aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, conjugados com os artigos 40.º, n.º 1, 76.º, n.º 1, alínea a), e 93.º, n.º 1 e 2, da Lei da Televisão (doravante LTSAP)¹, e artigo 34.º do RGCO², foram deduzidas Acusações contra a Arguida TVI – Televisão Independente, S.A., titular do serviço de programas TVI, inscrita na ERC com o n.º 523384, com sede na Rua Mário Castelhana, n.º 40, Queluz de Baixo, 2734 - 502 Barcarena, as quais, para os devidos e legais efeitos, se dão por integralmente reproduzidas.

¹ Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril, pela Lei n.º 40/2014, de 9 de julho e pela Lei n.º 78/2015, de 29 de julho. Posteriormente, a LTSAP foi ainda objeto de alteração pela Lei n.º 7/2020, de 10 de Abril, e Rectif. n.º 18/2020, 30 de abril, e Lei n.º 74/2020, de 19 de Novembro e Rectif. n.º 2-A/2021, de 18 de janeiro.

² Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 4/89, de 3 de março; Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de outubro; Lei n.º 13/95, de 5 de maio; Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro; Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de dezembro; e Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

2. Nos autos 500.30.01/2017/22 (EDOC/2017/7419) e 500.30.01/2018/13 (EDOC/2018/1310) está em causa o incumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 40.º da LTSAP, o qual à data da prática dos factos estabelecia que «o tempo de emissão destinado à publicidade televisiva e à televenda, em cada período compreendido entre duas unidades de hora, não pode exceder 20% [tratando-se de serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre] (...)».
3. No processo contraordenacional 500.30.01/2017/22 (EDOC/2017/7419) foi deduzida Acusação, em 25 de maio de 2018, e esta notificada à Arguida pelo ofício n.º SAI-ERC/2018/3366, de 25 de maio de 2018, tendo o aviso de receção correspondente sido assinado em 29 de maio de 2018.
4. A Arguida apresentou defesa escrita, à qual juntou 17 documentos, exercendo o direito ao princípio do contraditório (cf. ENT-ERC/2018/4001, de 14 de junho de 2018, e ENT-ERC/2018/4055, de 15 de junho de 2018).
5. Na sua defesa escrita, a Arguida protestou juntar «procuração, e documento de prestação de contas», tendo apenas a procuração sido junta ao processo em 19 de junho de 2018 (cf. ENT-ERC/2018/4170).
6. A Arguida apresentou prova testemunhal. Os testemunhos de Anabela Leite, Inês Pires e Paulo Machado foram reproduzidos em suporte digital, dois “CDs” que se encontram arquivados nos autos (3 depoimentos: Anabela Leite e Inês Pires, em 18.12.2018, e Paulo Machado, em 15.01.2019).
7. No processo contraordenacional 500.30.01/2018/13 (EDOC/2018/1310) foi deduzida Acusação, em 9 de abril de 2018, e esta notificada à Arguida pelo ofício n.º SAI-ERC/2018/2337, de 9 de abril de 2018, tendo o aviso de receção correspondente sido assinado, em 10 de abril de 2018.

8. A Arguida apresentou defesa escrita, exercendo o direito ao princípio do contraditório (cf. ENT-ERC/2018/2928, de 24 de abril de 2018).
9. Na sua defesa escrita, a Arguida protestou juntar «procuração, documento de prestação de contas e 5 documentos», tendo os referidos documentos sido juntos ao processo contraordenacional em 19 de julho de 2018 e 3 de agosto de 2018 (cf. ENT-ERC/2018/5012 e ENT-ERC/2018/5371).
10. A Arguida apresentou prova testemunhal. Os testemunhos de Paulo Machado e Saul Sousa e Silva foram reproduzidos em suporte digital, um “CD”, que se encontra arquivado nos autos (2 depoimentos em 15.01.2019).
11. A Arguida, representada pelos seus Advogados, apresentou, em 11 de outubro de 2018, requerimento para que os processos de contraordenação em curso 500.30.01/2017/22 (EDOC/2017/7419) e 500.30.01/2018/13 (EDOC/2018/1310) fossem apensados (cf. ENT-ERC/2018/6676).
12. Na sequência das defesas apresentadas nos dois processos em análise e respetivas inquirições das testemunhas arroladas, a título de diligências ulteriores necessárias à decisão da causa, a ERC notificou a Arguida pelo ofício SAI-ERC/2019/1108, de 31 de janeiro de 2019, para junção de vários elementos, nomeadamente as cópias dos contratos formulados com o cliente/anunciante Vichy para os anos de 2015, 2016 e 2017, os documentos comprovativos dos valores pagos pelo cliente/anunciante Vichy à TVI, nos anos de 2015, 2016 e 2017, no que em concreto se referia às campanhas denominadas “mês da saúde capilar”, as tabelas de preços de publicidade em vigor nos anos de 2015, 2016 e 2017, para o serviço de programas TVI, e outros esclarecimentos adicionais relacionados com os spots que constituíram as campanhas «mês da saúde capilar», nos anos de 2015, 2016 e 2017.

13. Em resposta ao referido ofício SAI-ERC/2019/1108, a Arguida, apresentou o entendimento de que, já tendo exercido o seu direito de defesa, nomeadamente tendo já sido ouvidas as testemunhas por si arroladas, «os pedidos de esclarecimento formulado parecem todos eles ademais corresponder a uma alteração dos factos objeto da acusação, com a qual a TVI não concorda e dos quais ainda não teve oportunidade de se defender». (cf. ENT-ERC/2019/2551, de 12 de fevereiro de 2019 e ENT-ERC/2019/2809, de 20 de fevereiro de 2019).

II. Questões Prévias

1. Apensação de processos

1.1. Veio a Arguida requerer a apensação dos processos contraordenacionais 500.30.01/2017/22 (EDOC/2017/7419) e 500.30.01/2018/13 (EDOC/2018/1310), invocando razões de economia, celeridade e racionalidade processual, dando ainda por verificada a conexão prevista nos artigos 24.º e 29.º do Código do Processo Penal, aplicáveis *ex vi* do disposto no art.º 41.º, n.º 1, do RGCO.

1.2. Nos autos 500.30.01/2017/22 (EDOC/2017/7419) e 500.30.01/2018/13 (EDOC/2018/1310) está em causa o incumprimento do disposto no n.º 1 do artigo 40.º da LTSAP, o qual estabelecia, à data da prática dos factos, que «o tempo de emissão destinado à publicidade televisiva e à televenda, em cada período compreendido entre duas unidades de hora, não pode exceder 20% [tratando-se de serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre] (...)».

1.3. Existe, efetivamente, uma conexão subjetiva dado tratar-se de infrações praticadas pelo mesmo agente, podendo dar-se ainda por verificado o nexo de continuação entre as diferentes contraordenações, que revestem as mesmas características e consubstanciam a violação da mesma norma legal, pese embora em diferentes

períodos temporais. Acresce ainda que a competência material para as apreciar pertence à mesma Entidade.

- 1.4.** Assim sendo, verifica-se existir interesse na requerida apensação pelo que a mesma é deferida, sendo proferida uma única decisão que abrange os dois processos supra identificados.

2. Alteração da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (LTSAP)

- 2.1.** A Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido, na sua versão introduzida pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril, sofreu várias alterações³, culminando na Lei n.º 74/2020, de 19 de Novembro, que conta como quinta alteração à Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho.
- 2.2.** A matéria reservada ao «tempo da publicidade televisiva», previsto anteriormente no art.º 40.º, cuja aplicação está na base das infrações detetadas e que levaram à abertura dos processos contraordenacionais em apreço, relativos a factos praticados nos anos de 2016 e 2017, sofreu alterações relevantes para a apreciação da causa.
- 2.3.** Tratando-se de uma sucessão de leis no tempo, passaremos à comparação necessária do regime relativo à «Publicidade Televisiva e Televenda» (SECÇÃO III – Comunicações Comerciais Audiovisuais; SUBSECÇÃO I) constante da LTSAP, nos termos da redação da Lei n.º 8/2011, de 11 de abril, aplicada aquando da prática dos factos (nos anos de 2016 e 2017) e desta mesma LTSAP, agora nos termos conferidos pela atual Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro (e Declaração de Retificação n.º 2.º-A/2021, de 18 de janeiro).

³ Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, alterada por Rectif. n.º 82/2007, de 21 de Setembro, Lei n.º 8/2011, de 11 de Abril, Lei n.º 40/2014, de 09 de Julho, Lei n.º 78/2015, de 29 de Julho, Lei n.º 7/2020, de 10 de Abril, e Rectif. n.º 18/2020, 30 de abril, Lei n.º 74/2020, de 19 de Novembro e Rectif. n.º 2-A/2021, de 18 de janeiro.

- 2.4.** Ressalva-se que a definição de «publicidade televisiva» contida na alínea r), do n.º 1, do art.º 2.º da LTSAP, como a «comunicação comercial audiovisual difundida em serviços de programas televisivos a troco de remuneração ou retribuição similar, ou com carácter autopromocional, por uma pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, relacionada com uma actividade comercial, industrial, artesanal ou profissão liberal, com o objectivo de promover o fornecimento, mediante pagamento, de produtos ou serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações» não sofreu qualquer alteração.
- 2.5.** O conceito de «publicidade televisiva» foi introduzido pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril, que procedeu à transposição da Diretiva 2007/65/CE⁴, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro (a versão codificada foi conferida pela Diretiva 2010/13/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010), consagrando, desse modo, em conformidade com o disposto na referida diretiva, o conceito de «publicidade televisiva», na alínea r) do n.º 1 do artigo 2.º da LTSAP. Note-se que antes das alterações introduzidas por esta via, o conceito de publicidade a atender resultava do art.º 3.º do Código da Publicidade (CP⁵), uma vez que a redação inicial da Lei n.º 27/2007, de 30 de julho (Lei da Televisão), não autonomizava o conceito de «publicidade televisiva».
- 2.6.** O referido artigo 3.º do CP, que se mantém ainda em vigor, consagra um conceito amplo⁶ de publicidade, verificando-se que o conceito de «publicidade televisiva», introduzido por via da Lei n.º 8/2011, de 11 de abril, não coincide inteiramente com o

⁴ Diretiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Dezembro de 2007, que altera a Diretiva 89/552/CEE do Conselho relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva.

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro e que também procedeu à transposição da Diretiva n.º 84/450/CEE, de 10 de setembro.

⁶ A Diretiva n.º 84/450/CEE, de 10 de setembro, é uma diretiva de harmonização mínima, pelo que, os Estados-membros, no âmbito da sua transposição, dispunham da possibilidade de conferir uma proteção superior à prevista pela Diretiva.

conceito de publicidade aplicável até então, sendo que a essa definição de «publicidade televisiva», a Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro, não introduziu alterações.

2.7. Passemos à comparação da redação conferida pela Lei n.º 8/2011, de 11 de abril (Lei Anterior, L.A.) com a redação conferida pela Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro (Lei Nova, L.N.), no que se refere ao art.º 40.º LTSAP:

Lei Anterior:

Artigo 40.º

Tempo reservado à publicidade televisiva e à televenda

1 - O tempo de emissão destinado à publicidade televisiva e à televenda, em cada período compreendido entre duas unidades de hora, não pode exceder 10 % ou 20 % consoante se trate de serviços de programas televisivos de acesso condicionado ou de serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre ou não condicionado com assinatura.

2 - Excluem-se dos limites fixados no número anterior as autopromoções, as telepromoções e os blocos de televenda, bem como a produção de produtos conexos, ainda que não sejam próprios, directamente relacionados com os programas dos operadores televisivos.

3 - Os blocos de televenda devem ter uma duração ininterrupta de, pelo menos, quinze minutos.

Lei Nova:

Artigo 40.º

Tempo reservado à publicidade televisiva e à televenda

1 - O tempo de emissão destinado à publicidade televisiva e à televenda, tanto no período compreendido entre as 6 e as 18 horas, como no período compreendido entre as 18 e as 24 horas, não pode exceder 10 /prct. ou 20 /prct. consoante se trate, respetivamente, de serviços de programas televisivos de acesso condicionado ou de

serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre ou não condicionado com assinatura.

2 - Excluem-se dos limites fixados no número anterior:

a) Os blocos de televenta;

b) As mensagens do operador televisivo relacionadas com os seus próprios programas e com produtos acessórios deles diretamente derivados, ou com programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades pertencentes ao mesmo grupo;

c) Os anúncios dos serviços públicos ou fins de interesse público e apelos de teor caritativo transmitidos gratuitamente;

d) Os anúncios de patrocínio;

e) A colocação de produto e ajuda à produção;

f) Os quadros neutros entre o conteúdo editorial e os spots de publicidade televisiva ou de televenta, e entre os vários spots.

3 - Os blocos de televenta devem ter uma duração ininterrupta de, pelo menos, quinze minutos.

4 - É vedada a emissão contínua ou massiva de publicidade ou televenta em detrimento da programação em termos equivalentes a uma concessão de exploração comercial deste espaço a terceiros.

2.8. Existem, assim, várias diferenças a assinalar, desde logo a constante no n.º 1, mediante a qual o foco do apuramento da publicidade televisiva se faz atualmente tendo por base, não já «cada período compreendido entre duas unidades de hora», mas dois grandes períodos/dia, um «período compreendido entre as 6 e as 18 horas» e outro «período compreendido entre as 18 e as 24 horas».

2.9. Por sua vez, na norma anterior deveria atender-se a todas as 24 horas diárias para o apuramento da publicidade televisiva, o que não acontece atualmente, onde o legislador deixou sem esse controlo específico, indexado a uma percentagem em face do tempo da emissão, o período compreendido entre as 0h e as 6 horas. Apesar de o

n.º 4 indicar ser «vedada a emissão contínua ou massiva de publicidade ou televenda em detrimento da programação em termos equivalentes a uma concessão de exploração comercial deste espaço a terceiros».

2.10. Situação para a qual a ERC já oportunamente alertou, de acordo com as «Notas à Lei 74/2020», aprovadas pelo Conselho Regulador da ERC, em 24 de março de 2021, um documento de trabalho interno, enviado à Assembleia da República e ao Governo, e que teve o «intuito de auxiliar nas necessárias alterações a introduzir naquela Lei, para correção urgente das incongruências resultantes da recente revisão»:

«Art. 40/4

Se o enunciado desta norma pretende introduzir algum limite na emissão de publicidade entre as 24 horas e as 6 horas, o facto é que falha flagrantemente os seus objectivos visto que está escrito de uma forma pouco precisa (onde termina uma emissão contínua e onde começa uma emissão massiva?) e que pode inclusivamente redundar no que pretende evitar: a concessão da exploração de espaços de publicidade/televenda a terceiros naquele segmento horário.

Seria por isso de afastar a exploração daqueles espaços de emissão por entidades terceiras (e não “em termos equivalentes”) e introduzir um limite exacto. (...)»

2.11. No que respeita à percentagem, sendo a TVI um serviço de programas de acesso não condicionado livre, com a atualização à LTSAP, a percentagem manteve-se nos 20%, no entanto, não já correspondentes a 12 minutos apurados em «cada período compreendido entre duas unidades de hora» ($60 \times 0,20 = 12$), mas na proporção dos períodos horários em questão, i.e. 144 minutos (2h e 24m), no período entre as 6 e as 18 horas, e 72 minutos (1h e 12m), no período entre as 18 e as 24 horas.

2.12. Apesar de, numa divisão do tempo em que a publicidade televisiva é agora permitida (i.e. 144 minutos no primeiro período e 72 minutos no segundo) pelo número de horas compreendidas nesses dois períodos horários alargados, chegarmos a um valor igual a

12 minutos/hora, a nova redação permite ao operador uma distribuição da publicidade com maior discricionariedade e autonomia, podendo, em bom rigor, concentrá-la em apenas algumas unidades de hora, sem a preocupação de não exceder os 12 minutos/hora antes consagrados na LTSAP. O que anteriormente estava impedido de fazer.

2.13. Outra alteração diz respeito às exclusões a ter em conta no apuramento da publicidade televisiva, uma vez que ao limite fixado no n.º 1 da norma, devem atualmente ser excluídas algumas outras «comunicações comerciais audiovisuais», de acordo com o n.º 2.

2.14. Na matéria das exclusões, também o art.º 41.º-C, que se manteve inalterado nesta última revisão da LTSAP, determina quais as “figuras” que não estão sujeitas a qualquer limitação.

2.15. Assim, da conjugação do art.º 40.º, n.º 2 (na sua redação atual), e do art.º 41.º-C, do cômputo total da «publicidade televisiva», a efetuar nos blocos horários entre as 6 e as 18 horas e entre as 18 e as 24 horas, devem ser excluídos:

(Art.º 40.º, n.º 2)

- Os blocos de televenda;
- As mensagens do operador televisivo relacionadas com os seus próprios programas e com produtos acessórios deles diretamente derivados, ou com programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades pertencentes ao mesmo grupo;
- Os anúncios dos serviços públicos ou fins de interesse público e apelos de teor caritativo transmitidos gratuitamente;
- Os anúncios de patrocínio;
- A colocação de produto e ajuda à produção;

- Os quadros neutros entre o conteúdo editorial e os spots de publicidade televisiva ou de televenda, e entre os vários spots.

Acresce (Art.º 41.º-C):

- identificação do patrocínio;
- identificação da colocação de produto;
- identificação da ajuda à produção;
- a difusão de mensagens que digam respeito a serviços públicos ou fins de interesse público e apelos de teor humanitário transmitidos gratuitamente, no âmbito de serviços de programas televisivos ou de serviços audiovisuais a pedido.

2.16. O art.º 41.º-C, apesar de inalterado, perdeu grande parte do seu relevo anterior, sendo mesmo “redundante” na forma como se apresenta, tendo em conta que o atual n.º 2 do art.º 40.º, só por si, já exclui dos limites da publicidade televisiva as comunicações comerciais audiovisuais como o patrocínio, a colocação de produto e a ajuda à produção.

2.17. Uma nota para a «difusão de mensagens que digam respeito a serviços públicos ou fins de interesse público e apelos de teor humanitário transmitidos gratuitamente, no âmbito de serviços de programas televisivos ou de serviços audiovisuais a pedido», uma vez que a alínea c), do n.º 2 do atual art.º 40.º determina que são de excluir «os anúncios dos serviços públicos ou fins de interesse público e apelos de teor caritativo transmitidos graciosamente», notando-se a atual abrangência da exclusão que se aplica agora também aos «apelos de teor caritativo» (por via da alínea c), do 2, do art.º 40.º) onde antes apenas se excluía «apelos de teor humanitário» (por via do art.º 41.º-C).

2.18. Quanto à referência atual na alínea f), do 2, do art.º 40.º à exclusão dos «quadros neutros entre o conteúdo editorial e os spots de publicidade televisiva ou de televenda, e entre os vários spots», nota-se que, apesar de não expressamente determinada na

versão anterior da LTSAP, tais “separadores” nunca foram contabilizados como publicidade televisiva por não preencherem os requisitos desta, desde logo quando integrados na emissão apenas com o objetivo de “separação” e harmonização unitária dos elementos que a compõem.

2.19. Comparando as exclusões atuais com as exclusões previstas na Lei n.º 8/2011, de 11 de abril – na conjugação do n.º 2 do art.º 40.º e art.º 41.ºC – mantêm-se as referentes aos blocos de televenda⁷, às autopromoções⁸, ao patrocínio⁹, à colocação de produto¹⁰, às ajudas à produção¹¹, e à difusão de mensagens que digam respeito a serviços públicos

⁷ De acordo com a alínea v), do n.º 1, do art.º 2.º LTSAP «Televenda» [é] a comunicação comercial audiovisual que consiste na difusão de ofertas directas ao público com vista ao fornecimento de bens ou serviços mediante pagamento». Esta alínea não foi alterada pela Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro, mantendo-se a definição de televenda.

⁸ De acordo com a alínea c), do n.º 1, do art.º 2.º LTSAP «Autopromoção» [é] a comunicação comercial audiovisual difundida pelo operador de televisão ou por um operador de serviços audiovisuais a pedido relativa aos seus próprios produtos e serviços, incluindo os serviços de programas televisivos, os serviços audiovisuais a pedido, os programas e produtos conexos com ele directamente relacionados, bem como as obras cinematográficas e audiovisuais em que tenham participado financeiramente». Esta alínea não foi alterada pela Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro, mantendo-se a definição de autopromoção. Contudo, a alínea b), do n.º 2, do atual art.º 40.º LTSAP, apesar de não se referir directamente a «autopromoção», numa interpretação integrada de todas as normas da LTSAP, incluindo a definição de «comunicação comercial audiovisual», na alínea e), do n.º 1, do art.º 2.º LTSAP, não podemos deixar de concluir que as «autopromoções», tal como previstas na definição da alínea c), do n.º 1, do art.º 2.º, continuam excluídas do âmbito da publicidade televisiva, e ainda, estarão agora excluídas também as promoções a serviços e produtos de programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades pertencentes ao mesmo grupo.

⁹ De acordo com a alínea o), do n.º 1, do art.º 2.º LTSAP o «Patrocínio, [é] uma contribuição, feita por uma empresa pública ou privada ou por uma pessoa singular não envolvidas na oferta de serviços de comunicação social audiovisual ou de fornecedores de plataformas de partilha de vídeos, nem na produção de obras audiovisuais, para o financiamento de serviços de comunicação social audiovisual, de serviços de plataformas de partilha de vídeos, de vídeos gerados pelos utilizadores ou de programas a fim de promover o seu nome, a sua marca, a sua imagem, as suas atividades ou os seus produtos». Esta definição sofreu alterações de acordo com a Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro.

¹⁰ De acordo com a alínea d), do n.º 1, do art.º 2.º LTSAP a «Colocação de produto», [é] a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço, ou à respetiva marca comercial, num programa ou num vídeo gerado pelos utilizadores, a troco de pagamento ou retribuição similar». Esta definição sofreu alterações de acordo com a Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro, incluindo agora a referência «ou num vídeo gerado pelos utilizadores».

¹¹ De acordo com a alínea b), do n.º 1, do art.º 2.º LTSAP «Ajuda à produção» [é] a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço num programa, a título gratuito». Esta alínea não foi alterada pela Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro, mantendo-se a definição de ajuda à produção.

ou fins de interesse público e apelos de teor humanitário transmitidos gratuitamente, no âmbito de serviços de programas televisivos ou de serviços audiovisuais a pedido.

2.20. Foram ainda incluídas na alínea d) *in fine*, do n.º 2, do art.º 40.º menções à exclusão dos «produtos acessórios deles [dos programas próprios do operador televisivo] diretamente derivados, ou com programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades pertencentes ao mesmo grupo»¹², o que altera a anterior exclusão que previa apenas a «produção de produtos conexos, ainda que não [fossem] próprios, diretamente relacionados com os programas dos operadores televisivos».

2.21. De acordo com a alínea c) *in fine*, do n.º 2, do art.º 40.º, são também agora de excluir do cômputo da publicidade televisiva os «apelos de teor caritativo transmitidos graciosamente».

2.22. Note-se que o legislador manteve nesta matéria a tônica na gratuitidade dos apelos, de teor caritativo ou humanitário, contudo, os mesmos encontram-se *a priori* já excluídos da definição de publicidade televisiva, bem como a difusão de mensagens que digam respeito a serviços públicos ou fins de interesse público. Atente-se no Parecer do Departamento Jurídico (Informação JC/DJ/ERC/2015), aprovado pelo Conselho Regulador, em 6 de maio de 2015:

¹² A anterior redação do n.º 2, do art.º 40.º, referia-se à exclusão dos limites da publicidade televisiva a «produção de produtos conexos, ainda que não sejam próprios, directamente relacionados com os programas dos operadores televisivos». Atualmente a alínea d) *in fine*, do n.º 2, do art.º 40.º é mais abrangente, apesar de abandonar a expressão «produtos conexos», substitui-a por «produtos acessórios», e inclui na exclusão as promoções a serviços e produtos de programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades, desde que todas pertencentes ao mesmo grupo. De referir que o legislador optou por não seguir a letra da Diretiva (UE) 2018/1808 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018 (que altera a Diretiva 2010/13/EU), que diz no art.º 1.º, 21), quanto à nova redação do art.º 23.º, «[o] n.º 1 não se aplica a: a) Mensagens do operador televisivo relacionadas com os seus próprios programas e com produtos acessórios deles diretamente derivados, ou com programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades pertencentes ao mesmo grupo de radiodifusão» (sublinhado nosso), tendo na transposição excluído a referência a «mesmo grupo de radiodifusão», mantendo apenas a referência a «mesmo grupo».

«28. No âmbito da redação da nova lei, a emissão de comunicações com o referido teor, agora refletido na última parte do artigo 41.º-C, com a epígrafe “tempo de emissão” já não se enquadram no âmbito da «*publicidade televisiva*» prevendo-se, no entanto, ainda assim, conforme acima referido, que a sua emissão não se encontra condicionada a limites de tempo, nas situações em que a mesma ocorra de forma gratuita.

No entanto, considerando que a emissão destas comunicações (relativas a serviços públicos, fins de interesse público e apelos de teor humanitário), mediante pagamento, não tem enquadramento no âmbito da «publicidade televisiva», atentos os seus requisitos, não se encontram ainda assim sujeitas a quaisquer limites de ordem temporal.

29. Pelo que, podem ser divulgadas pelos operadores televisivos sem se encontrarem sujeitas a limites de tempo (incluindo o primeiro serviço de programas da entidade concessionária de serviço público de televisão, tendo em conta a alteração introduzida pela nova redação do contrato de concessão. Refere-se agora que a divulgação de mensagens relacionadas com «*manifesto interesse público ou cultural*» pode ocorrer «*até aos limites legalmente admissíveis*», remetendo-se desse modo para o previsto na Lei da Televisão, eliminando-se o limite de 6 minutos por hora, previsto anteriormente).

30. Pelo que, havendo lugar a pagamento, as comunicações que apresentem essa natureza, e sejam divulgadas através do primeiro serviço de programas da entidade concessionária do serviço público de televisão, beneficiam de um desconto não inferior a 85%, do custo comercial do espaço, pela sua divulgação («relativa à promoção de produtos, , ou fins de manifesto interesse público ou cultural, até aos limites legalmente admissíveis(...)»).

31. Contudo, é de notar que o enquadramento no âmbito do artigo 41.º-C e a aplicação do respetivo regime (ou seja, a inexistência de limites de tempo para a sua divulgação para além de mensagens de teor humanitário) pressupõe a existência de um «interesse público».

32. O reconhecimento dessa natureza, não decorre diretamente da Lei da Televisão. (...).

- 2.23.** Ainda quanto às inclusões no rol de “figuras” a excluir do cômputo da publicidade televisiva, a alínea f), do n.º 2, do art.º 40.º refere agora expressamente a exclusão dos «quadros neutros entre o conteúdo editorial e os spots de publicidade televisiva ou de televenda, e entre os vários spots».
- 2.24.** Assim, podemos afirmar que a grande alteração prende-se com a atual inclusão das telepromoções¹³ no cômputo da publicidade televisiva seguindo, ademais, a Diretiva¹⁴ a transpor, apesar de a proposta inicial de transposição¹⁵ ir em sentido oposto, o que foi posteriormente alterado pelo legislador.
- 2.25.** As telepromoções são, de acordo com a alínea u), do n.º 1, do art.º 2.º LTSAP «a publicidade televisiva inserida no decurso da interrupção técnica de um programa através do anúncio de bens ou serviços pelo respetivo apresentador». A definição de telepromoção não sofreu qualquer alteração com a Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro, como também não sofreu alteração o art.º 40.º-C da LTSAP, o qual regula onde e como se admite a introdução de telepromoção, designadamente em programas de entretenimento ligeiro com a natureza de concursos ou similares.
- 2.26.** Daqui decorre que, apesar de a definição de telepromoção, e/ou a forma como e onde esta é permitida, não ter sofrido alteração em face do que era previsto na L.A., atualmente as telepromoções são incluídas no cômputo total da publicidade televisiva, o que não acontecia de acordo com a redação do n.º 2 do art.º 40.º na versão anterior, segundo a qual estas não concorriam para o apuramento da publicidade televisiva.

¹³ De acordo com a alínea u), do n.º 1, do art.º 2.º LTSAP «Telepromoção» [é] a publicidade televisiva inserida no decurso da interrupção técnica de um programa através do anúncio de bens ou serviços pelo respetivo apresentador». Esta alínea não foi alterada pela Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro, mantendo-se a definição de telepromoção.

¹⁴ Diretiva (UE) 2018/1808 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018 (que altera a Diretiva 2010/13/EU), que diz no art.º 1.º, 21), quanto à nova redação do art.º 23.º.

¹⁵ Proposta de lei n.º 44/XIV/1.ª — Transpõe a Diretiva (UE) 2018/1808, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, respeitante à oferta de serviços de comunicação social audiovisual.

- 2.27.** No que se refere à punição da violação do art.º 40.º, n.º 1, a mesma constitui uma contraordenação grave p.p. pelo art.º 76.º, n.º 1, alínea a), da LTSAP, punível com coima de €20.000 (vinte mil euros) a €150.000,00 (cento e cinquenta mil euros). Sendo que, de acordo com o n.º 3 do referido artigo, «a negligência é punível, sendo reduzidos a metade os limites mínimos e máximos das coimas previstos nos números anteriores».
- 2.28.** Assim, no que se refere ao regime sancionatório, no caso em concreto, não existem alterações a ressaltar, mantendo-se o montante mínimo e máximo da coima por violação do art.º 40.º LTSAP, mantendo-se igualmente como responsáveis pelas contraordenações, de acordo com o art.º 78.º LTSAP, «o operador em cujo serviço de programas televisivo (...) tiver sido cometida a infração (...)», competindo à ERC, salvo disposição legal em contrário, a regulação das matérias previstas na LTSAP e a fiscalização do seu cumprimento, bem como a instrução dos processos de contraordenação e ao Conselho Regulador a aplicação das coimas correspondentes¹⁶.
- 2.29.** Após o pequeno enquadramento formulado, onde se pretendeu expor as alterações ocorridas em matéria de «publicidade televisiva», essencial será saber agora se a conduta da arguida, violadora do art.º 40.º, n.º 1, LTSAP, tal como vigente à data da prática dos factos (i.e. com as atualizações da Lei n.º 8/2011, de 11 de abril), continua a ser punida pela L.N. e, em caso afirmativo, verificar se a L.N., apreciada em bloco, se apresenta ou não mais favorável à Arguida TVI.
- 2.30.** O art.º 40.º, n.º 1, continua a prever um limite – in caso 20%, tratando-se a TVI de um serviço de programas de acesso não condicionado livre – à emissão de «publicidade televisiva». Tem a norma o escopo último de proteger os telespetadores de espaços de publicidade massiva veiculados pela televisão, em detrimento de uma programação que

¹⁶ De acordo com o art.º 93.º LTSAP, sob a epígrafe “Competências de Regulação”.

cumpra o projeto licenciado ou autorizado, bem como a salvaguarda da independência económica dos próprios operadores televisivos.

- 2.31.** Sendo certo que, com a entrada em vigor da Lei n.º 74/2020, de 19 de Novembro, a regra para o apuramento desse limite foi substancialmente alterada.
- 2.32.** De acordo com a L.N., no que respeita ao apuramento do limite da «publicidade televisiva», o preenchimento da previsão da norma deixou de atender a «cada período compreendido entre duas unidades de hora», para passar a atender a dois grandes períodos/dia, um «período compreendido entre as 6 e as 18 horas» e outro «período compreendido entre as 18 e as 24 horas». Note-se ainda que a L.N. não prevê qualquer limite para o período horário compreendido entre as 0h e as 6 horas havendo, pelo menos no que respeita a essas 6 horas, uma total despenalização em face daquilo que a L.A. previa.
- 2.33.** Uma norma jurídica exprime, em termos gerais e abstratos, a representação de uma situação da vida cuja verificação ou preenchimento determina a emissão de uma valoração ou a necessidade de um comportamento. A norma jurídica assume-se, portanto, como parâmetro de qualificação da realidade e, ou, regra de conduta.
- 2.34.** Atendendo à estrutura da norma jurídica completa, esta integra sempre dois elementos: a previsão e a estatuição. A previsão refere a situação da vida típica cuja verificação em concreto desencadeia o efeito ou a consequência jurídica estabelecida na estatuição. A norma jurídica estabelece uma relação de causalidade entre a situação da vida representada na previsão e os efeitos jurídicos estabelecidos na estatuição.
- 2.35.** Enquanto parâmetro de valoração ou de comportamento, a norma jurídica caracteriza-se pela generalidade e pela abstração: dirige-se a destinatários indeterminados ou delimitados através de categorias e representa situações da vida indeterminadas ou

- delimitadas através de categorias. No caso em concreto do n.º 1 do art.º 40.º LTSAP caracteriza-se ainda pela imperatividade, porque proíbe uma determinada conduta.
- 2.36.** Estando em causa uma sucessão de leis, uma questão de direito intertemporal, e não existindo específicas disposições transitórias acerca da questão em análise, temos de nos socorrer dos princípios que regem a aplicação da lei no tempo e de chamar à colação, no que ora interessa, o quadro normativo integrado pelo disposto, no n.º 2, do art.º 3.º RGCO, o qual refere que «[s]e a lei vigente ao tempo da prática do facto for posteriormente modificada, aplicar-se-á a lei mais favorável ao arguido, salvo se este já tiver sido condenado por decisão definitiva ou transitada em julgado e já executada», bem como o art.º 4.º do Código Penal *ex vi* art.º 32 RGCO.
- 2.37.** O n.º 2 do art.º 4.º do Código Penal estabelece que «[o] facto punível segundo a lei vigente no momento da sua prática deixa de o ser se uma lei nova o eliminar do número das infrações; neste caso, e se tiver havido condenação, ainda que transitada em julgado, cessam a execução e os seus efeitos penais», e o n.º 4 determina que «[q]uando as disposições penais vigentes no momento da prática do facto punível forem diferentes das estabelecidas em leis posteriores, é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente (...)».
- 2.38.** Também o art.º 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe «Aplicação da lei criminal» determina que «[n]inguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido».
- 2.39.** Desta forma, se de acordo com o art.º 1.º do RGCO, «[c]onstitui contraordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima», o art.º 2.º do referido diploma, sob a epígrafe “Princípio da legalidade” diz que «[s]ó será

punido como contraordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática».

2.40. Em face daquilo que o caso concreto em análise exige, verificamos que:

- a) A Arguida vem acusada pela prática de contraordenações (graves) p.p. pelo art.º 76.º, n.º 1, alínea a), com base no desrespeito do art.º 40.º, n.º 1, da LTSAP anterior;
- b) Essa norma, tal como vigente à data da prática dos factos, impunha que os serviços de programas de acesso não condicionado livre (como a TVI) não excedessem, em cada período compreendido entre duas unidades de hora, 12 minutos (20% de 1 hora), quanto à emissão destinada à publicidade televisiva e televenda;
- c) Atualmente, a norma do n.º 1 do art.º 40.º LTSAP deixou de atender ao período compreendido entre duas unidades de hora (relativo às 24 horas diárias) para passar a atender a apenas dois períodos específicos, i.e. o período compreendido entre as 6 e as 18 horas, e o período compreendido entre as 18 e as 24 horas;

2.41. Desta forma, o «facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática» e que permitia a sua punibilidade como contraordenação, de acordo com o princípio da legalidade e tipicidade previsto no art.º 2.º RGCO deixou de existir.

2.42. Assim, mais do que um regime novo que pudesse, em bloco, ser mais favorável ao Arguido e, por isso, pudesse vir a ser aplicado ao caso concreto, em respeito pelo consagrado princípio da retroatividade *in mellius*, a alteração à LTSAP, no que respeita ao n.º 1 do art.º 40.º, optou por criar uma nova tipicidade onde não se podem subsumir as ações anteriormente praticadas pela Arguida, relativas ao desrespeito de 12 minutos/hora, mesmo que viessem a ser provadas no presente procedimento contraordenacional. O caso dos autos deixou de caber na tipicidade atual da norma.

2.43. Uma ação contra a previsão da norma é absolutamente necessária para a punibilidade do facto, sendo que, com a entrada em vigor da L.N., essa previsão se alterou de modo a que as ações anteriores da Arguida não possam agora sofrer o desvalor que a L.A. lhes conferia, exatamente porque a L.N. despenalizou as referidas condutas e delas já não poderão agora ser assacadas consequências contraordenacionais. Nestas circunstâncias, no quadro legal atual, a conduta da arguida deixou de integrar qualquer contraordenação.

III. Deliberação

Termos em que, e considerando o exposto, o Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, determina o arquivamento dos processos de contraordenação 500.30.01/2017/22 (EDOC/2017/7419) e 500.30.01/2018/13 (EDOC/2018/1310), instaurados pela Deliberação ERC/2017/128 (PUB-TV), de 7 de junho de 2017, e pela Deliberação ERC/2017/248 (PUB-TV), de 29 de novembro de 2017, atendendo ao aplicável regime de sucessão de leis no tempo, artigos 29.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, n.º 2, do art.º 3.º RGCO e n.º 2 e 4 do art.º 4.º do Código Penal *ex vi* art.º 32 RGCO.

Notifique-se, nos termos dos artigos 46.º e 47.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro.

Lisboa, 14 de julho de 2021

O Conselho Regulador,

Sebastião Póvoas
Mário Mesquita
Francisco Azevedo e Silva
Fátima Resende
João Pedro Figueiredo