

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

**Deliberação
52/2014 (OUT)**

ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

**Reflexão sobre o regime jurídico da Publicidade e a
eventual necessidade da sua revisão – solicitação
de contributo por parte da Direção-Geral do
Consumidor**

Lisboa

14 de maio de 2014

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação 52/2014 (OUT)

Assunto: Reflexão sobre o regime jurídico da Publicidade e a eventual necessidade da sua revisão – solicitação de contributo por parte da Direção-Geral do Consumidor

I. Introdução

1. A Direção-Geral do Consumidor (doravante, DGC) solicitou à Entidade Reguladora para a Comunicação Social (doravante, ERC) contributos para a reflexão que se encontra em curso sobre o regime jurídico da publicidade e a eventual necessidade da sua revisão.

2. Identifica a DGC quatro áreas para discussão:

- i) A adequação dos tipos legais criados à realidade atual e aos desafios colocados pelo desenvolvimento da economia digital, do comércio electrónico e da expansão de novas formas de comunicação publicitária;
- ii) A coerência e a consistência da legislação vigente em matéria de publicidade, fragmentada e partilhada entre diferentes entidades públicas;
- iii) A moldura sancionatória aplicável e as normas processuais previstas – o regime geral das contraordenações e coimas – e o seu impacto na eficácia da competência sancionatória da Direção-Geral do Consumidor;
- iv) O contributo da autorregulação nesta matéria e a sua relação com a fiscalização e sanção da competência da Direção-Geral do Consumidor.

3. A proteção do consumidor é temática que tem merecido reflexão quer por parte das instâncias nacionais quer ao nível de organizações internacionais. A título de exemplo, veja-se o Comité das Regiões no Parecer sobre “Uma agenda do Consumidor Europeu para incentivar a confiança e o crescimento”¹, no qual subscreve os quatro objetivos temáticos selecionados pela Comissão Europeia relativamente à política de defesa do consumidor:

- i) Melhorar a segurança dos consumidores;
- ii) Reforçar a informação;

¹ Parecer do Comité das Regiões “Uma Agenda do Consumidor Europeu para incentivar a confiança e o crescimento” (2013/C 17/03)

- iii) Melhorar a aplicação da legislação;
- iv) Alinhar os direitos e as políticas principais pela evolução económica e social.

4. O Comité das Regiões salienta «a importância de assegurar a eficácia e a adequação das medidas a tomar», tendo em conta as especificidades regionais, as necessidades dos grupos vulneráveis de consumidores e a evolução rápida dos mercados.

5. O Código da Publicidade define o quadro normativo base que rege e enquadra a atividade publicitária de modo a proteger e defender os direitos do consumidor.

6. No âmbito das competências da ERC em matéria de publicidade e das atribuições de «assegurar o cumprimento das normas reguladoras das atividades de comunicação social», de acordo com o disposto na alínea j) do artigo 8.º dos Estatutos da ERC, a ERC tem como objetivo de regulação «assegurar a proteção dos públicos mais sensíveis, tais como menores, relativamente a conteúdos e serviços suscetíveis de prejudicar o respetivo desenvolvimento» e «a proteção dos destinatários dos serviços de conteúdos de comunicação social enquanto consumidores, no que diz respeito a comunicações de natureza ou finalidade comercial distribuídas através de comunicações eletrónicas, por parte de prestadores de serviços sujeitos à sua atuação, no caso de violação das leis sobre publicidade», conforme o disposto, respetivamente, nas alíneas c) e e) do artigo 7.º dos referidos estatutos.

7. Compete ao Conselho Regulador no exercício das suas funções de regulação e supervisão, como estipulado na alínea b) do n.º 3 do artigo 24.º dos Estatutos da ERC, «fazer respeitar os princípios e limites legais aos conteúdos publicitários, nas matérias cuja competência não se encontre legalmente conferida ao Instituto do Consumidor [...] ou a quaisquer outras entidades previstas no regime jurídico da publicidade», e ainda, de acordo com a alínea ae) do n.º 3 do mesmo artigo, «restringir a circulação de serviços da sociedade de informação que contenham conteúdos submetidos a tratamento editorial e que lesem ou ameacem gravemente qualquer dos valores previstos no n.º 1 do artigo 7.º do D.L. n.º 7/2004, de 7 de janeiro, sem prejuízo da competência do ICP-ANACOM em matéria de comunicações eletrónicas de natureza privada, comercial ou publicitária».

8. Os limites impostos à liberdade de programação dizem também respeito a «quaisquer elementos de programação, incluindo a publicidade e as mensagens, extratos ou imagens de autopromoção, como ainda serviços de teletexto e guias eletrónicos de programação», conforme n.º 7 do artigo 27.º da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido.

9. Assim, e sem preocupações de exaustividade, destacam-se as competências da ERC para apreciar a existência de mensagens publicitárias que pelo seu conteúdo possam ultrapassar

13. A Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido considera “comunicação comercial audiovisual” a «apresentação de imagens, com ou sem som, destinada a promover, direta ou indiretamente, os produtos, os serviços ou a imagem de uma pessoa singular ou coletiva que exerce uma atividade económica, incluindo a publicidade televisiva, a televenda, o patrocínio, a colocação de produto, a ajuda à produção e a autopromoção» [alínea e), n.º 1 do artigo 2.º da Lei da Televisão].

14. Apresenta ainda “publicidade televisiva” 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 coletiva, pública ou privada, relacionada com uma atividade comercial, industrial, artesanal ou profissão liberal, com o objetivo de promover o fornecimento, mediante pagamento, de produtos ou serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações» [alínea r) do n.º 2 do artigo 2.º da Lei da Televisão].

15. O artigo 40.º da referida lei fixa os limites para o tempo de emissão destinado à publicidade televisiva, excluindo-se desses limites «as autopromoções, as telepromoções e os blocos de televenda, bem como a produção de produtos conexos, ainda que não sejam próprios, diretamente relacionados com os programas dos operadores televisivos» [n.º 2 do artigo 40.º da Lei da Televisão].

16. É ainda de excluir o tempo de emissão «destinado à identificação do patrocínio, da colocação de produto e da ajuda à produção, bem como o destinado à difusão de mensagens que digam respeito a serviços públicos ou fins de interesse público e apelos de teor humanitário transmitidos gratuitamente» por não estar sujeito a qualquer limitação [artigo 41.º-C da Lei da Televisão].

17. A prática demonstra que poucas são as mensagens que se encontram verdadeiramente na fronteira entre a “publicidade comercial” e a “publicidade a excluir dos limites temporais”, desde logo, porque na maioria dos casos é inevitável a perceção pelo telespectador de que aquela mensagem, mais ou menos subtil, se destina a promover produtos ou serviços com vista à sua aquisição e/ou locação.

18. Acresce que o Contrato de Concessão do Serviço Público de Televisão prevê, na Cláusula 23.^{a3}, que o serviço de programas RTP1 possa transmitir “publicidade institucional”, relativa «à promoção de produtos, serviços ou fins de manifesto interesse público ou cultural» a qual deve beneficiar «de um desconto não inferior a 85% do custo comercial do espaço».

³ Em termos semelhantes ao disposto no n.º 5 da cláusula 23.^a do futuro contrato de concessão, de acordo com o projeto apreciado pela ERC em 12 de Fevereiro de 2014 [Deliberação 18/2014 (Parecer)]

19. Ora, por seu turno, a Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido não prevê a exclusão das mensagens relativas às rúbricas de “cultura” ou afins, como mensagens relacionadas com concertos (de artistas nacionais ou internacionais), festivais de música, peças de teatro, e eventos de natureza vária, diretamente relacionados com desporto, festas e feiras municipais, exposições, entre outros.

20. Na verdade, nem a Diretiva TSF, nem Lei da Televisão esclarecem cabalmente as limitações a que está sujeita a promoção de ideias, iniciativas ou instituições, as quais se tornaram prática usual do mercado sob a designação de “publicidade institucional”. Em face desta indefinição, a análise e enquadramento deste tipo de conteúdos não está livre de padecer de algumas insuficiências. Os próprios intervenientes do sector, além dos destinatários de conteúdos de comunicação social, lucrariam com uma definição clara do que seja comunicação institucional de modo a atuarem num quadro de maior segurança jurídica.

21. Por último, embora semelhantes matérias não recolham enfoque no âmbito das alterações sob comentário, deve sublinhar-se a preocupação crescente desta entidade com a revisão do regime jurídico de enquadramento de determinadas formas específicas de publicidade, como é o caso do patrocínio, ajudas à produção e da colocação do produto.

22. A colocação de produto consiste na “inclusão ou referência a um bem ou serviço, ou à respetiva marca comercial, num programa, a troco de pagamento ou retribuição similar” (alínea d) do n.º 1 do artigo 2.º da LTV]. Esta forma de comunicação comercial audiovisual constitui prática corrente entre os operadores, consubstanciada na participação, financeira ou não, das empresas nas produções audiovisuais, tendo como contrapartida a presença dos seus produtos nas obras. Os Estados Membros conservaram alguma margem de liberdade na transposição da Diretiva SCSA⁴ devendo, em conformidade, ser reforçadas as preocupações com a necessidade de assegurar a integridade das obras e a proteção dos telespectadores.

23. A ajuda à produção consiste na inclusão ou referência a título gratuito a um bem ou serviço num programa. A diferença desta prática relativamente à colocação do produto está relacionada com o facto de aqui não ser concedido qualquer pagamento ou retribuição similar, pelo que é admitida relativamente à generalidade de programas, apenas se excecionando, no âmbito do n.º 8 do artigo 41.º-B, a aplicação desta prática quando seja suscetível de prejudicar o desenvolvimento físico e mental dos menores, nomeadamente quanto a alimentos e bebidas que contenham substâncias cuja presença no regime alimentar não é recomendada. Refira-se,

⁴ Diretiva “Serviços de Comunicação Social Audiovisual”- Diretiva 2010/13/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março.

todavia que são plenamente aplicáveis as normas referentes à identificabilidade, independência editorial, proibição de encorajamento à aquisição e do relevo indevido, explanadas na colocação do produto. É importante ressaltar que nas situações em que a ajuda à produção tenha um valor comercial significativo deve aplicar-se o regime mais restritivo da colocação do produto.

24. A regulamentação do patrocínio – a comunicação comercial audiovisual que consiste na contribuição feita por pessoas singulares ou coletivas, públicas ou privadas, que não sejam operadores de televisão, operadores de serviços audiovisuais a pedido ou produtores de obras audiovisuais, para o financiamento de serviços de programas televisivos ou serviços audiovisuais a pedido, ou dos seus programas, com o intuito de promover o seu nome, marca, imagem, atividades ou produtos – transitou do Código da Publicidade para a atual Lei da Televisão (cfr. artigo 41.º). Tratou-se, contudo, de uma modificação bem mais de ordem sistemática e adjetiva, do que propriamente substantiva. Destacando-se que o legislador nacional não cuidou de contemplar uma sanção para a violação da referida norma no regime sancionatório constante da Lei da Televisão.

25. No que respeita aos “**Temas Processuais**”, a ERC, tomando como ponto de partida para a análise as alterações propostas, considera adequada a extensão dos tipos de ilícitos contraordenacionais que possam ser objeto de um processo de instrução célere, à semelhança do processo abreviado previsto em outros diplomas, ou ainda com maior simplificação de atos processuais, sem, todavia, colocar em causa os direitos de defesa do Arguido.

26. Nesta medida, e sublinhado o desiderato presente na parte final do parágrafo precedente, parece pertinente a esta Entidade asseverar que as reformas processuais no âmbito de instrução dos processos contraordenacionais devem ter por objeto a eliminação de diligências cuja utilidade ao processo seja duvidosa, a simplificação dos próprios atos processuais a praticar e respetivos procedimentos de notificação em conjugação com a preservação das garantias de defesa do Arguido em sede de processo contraordenacional, o qual, não se deve esquecer, tem natureza penal.

27. Posto isto, e se, por exemplo, para os casos em que a gravidade seja diminuta se possa ver como recomendável a adoção de um processo próprio com o eventual encurtamento dos respetivos prazos de defesa e delimitando as diligências probatórias a efetuar, tal linha de atuação conhece perigos sérios quando generalizada. Assim, e em particular, a ERC tem algumas reservas quanto à proposta da DGC de criação de um dever geral de colaboração em

sede de processo contraordenacional, sendo nosso entendimento que este dever, se abranger o próprio Arguido, quanto muito estará limitado ao fornecimento de elementos documentais cuja prestação ao regulador seja obrigatória por lei. É convicção desta entidade que, ultrapassado este limite, a extensão de um dever de colaboração à prestação de quaisquer informações solicitadas viola o direito do Arguido ao silêncio e à não incriminação. Já poderá ser positiva a introdução de um dever geral de colaboração [eventualmente sujeito a sanção própria por incumprimento] em relação a outras entidades, públicas ou privadas, que possam ter informações relevantes para o processo.

28. Por outro lado, bule igualmente com as garantias de defesa do Arguido, e sobretudo com o princípio da descoberta da verdade material, a proposta de eliminação da possibilidade de apresentação de prova testemunhal em processo contraordenacional. De outro modo, já se tem como de acompanhar a limitação do número de testemunhas a apresentar em função da complexidade dos factos que constituem o ilícito típico contraordenacional [sendo que essa complexidade, no âmbito de uma alteração legislativa, pode - e deve - ditar diferentes formas de processo].

29. Apesar de tal não estar previsto nas alterações apresentadas pela DGC, considera esta entidade que poderia ser proveitosa a consagração legal da possibilidade de “suspensão da sanção”, isto é, o órgão instrutor deve ter a possibilidade de suspender, total ou parcialmente, a execução da sanção, numa perspetiva de atuação modeladora de condutas e preventiva da reincidência. Assim, a suspensão poderá, por exemplo, ser condicionada ao cumprimento de certas obrigações, designadamente as consideradas necessárias para a regularização de situações ilegais e/ou à prevenção de perigos para o sector. Decorrido o tempo de suspensão sem que o Arguido tenha praticado qualquer ilícito de mera ordenação social cuja competência para fiscalização recaia sobre a mesma entidade instrutora, e sem que tenha violado as obrigações que lhe hajam sido impostas, ficaria a condenação sem efeito, procedendo-se, no caso contrário, à execução da sanção aplicada [procedimento semelhante ao já consagrado em outros diplomas legais].

30. O alargamento dos prazos de prescrição é matéria que deverá observar uma correlação com a gravidade do ilícito contraordenacional efetivamente praticado. Com efeito, os agentes económicos indiciados pela prática de ilícitos contraordenacionais poderão ser obrigados a provisionar eventuais despesas com pagamento de coimas, sendo que o prazo de resolução final do processo não deverá ser excessivamente alargado em prejuízo dos agentes envolvidos. Há que buscar um equilíbrio entre os meios ao dispor da administração para a

prossecução da ação sancionatória e as garantias dos particulares. Em princípio, aos processos mais complexos (ao nível de análise e/ou produção de prova) caberá uma moldura penal mais gravosa, sendo de manter, conforme rege a lei vigente, um prazo de prescrição mais alargado apenas para processos desta natureza.

31. Quanto à relevância da reincidência como fator a ter em conta na determinação da medida da sanção aplicável, ainda que esta não esteja expressamente consagrada no regime geral das contraordenações, a mesma pode ser ponderada enquanto um elemento determinante da culpa do agente. A consagração no regime geral de uma solução idêntica à prevista no artigo 9.º da Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro, trará, com toda a probabilidade, maior segurança jurídica, mas poderá ser prejudicial à adoção de uma decisão adequada ao caso concreto pois determina a relevância da reincidência em função da prática de uma contraordenação do mesmo tipo, deixando escapar um eventual cadastro da prática de outros ilícitos contraordenacionais, cuja competência para a instrução do processo recaia sobre a mesma entidade administrativa.

32. No que respeita ao alargamento das situações em que a lei admite o pagamento voluntário da coima, a ERC subscreve a proposta apresentada pela DGC. A possibilidade de pagamento voluntário da coima representa uma significativa economia de meios quer para a administração quer para os agentes económicos envolvidos, pelo que nada deve obstar ao seu alargamento.

33. Uma nota importante é devida ainda no que concerne às medidas de garantia da prova. Sobre este ponto, propõe a DGC a consagração da obrigatoriedade legal de manutenção das mensagens publicitárias divulgadas por um período de cinco anos. Sem desenvolvimentos de maior sobre os meios técnicos necessários para que os agentes possam dar cumprimento a esta obrigação, cumpre lembrar que a Lei da Televisão prevê a obrigatoriedade de registo das emissões apenas por um período de 90 dias (de acordo com o disposto no artigo 43.º, n.º 1, da Lei da Televisão), enquanto a Lei da Rádio obriga ao registo das emissões apenas por um período de 30 dias (cfr. artigo 39.º, n.º 1, da Lei da Rádio). Neste sentido, é entendimento da ERC que a obrigatoriedade de se proceder ao registo dos conteúdos publicitários difundidos por um período de tempo muito superior ao previsto para a restante programação poderá criar graves assimetrias no que respeita às obrigações que impendem sobre os operadores de comunicação social, pelo que deverá ser matéria a ponderar com todas as cautelas.

34. Sugere-se ainda um aditamento aos temas processuais, sendo de considerar a consagração de uma norma habilitadora para a criação de um registo dos agentes condenados

por infrações na sequência de procedimentos contraordenacionais, para assim solucionar os constrangimentos que decorrem do regime legal de proteção de dados pessoais. Tal regime, a integrar preferencialmente no regime geral de contraordenações e coimas, poderia ser decalcado do previsto no artigo 10.º da Lei n.º 99/2009, de 4 de setembro.

III. Considerações finais

35. Sobre a adequação de novas formas de comunicação publicitária ao ambiente digital são devidos alguns comentários. Presentemente, o consumo de conteúdos de media deslocou-se (ou, pelo menos, ultrapassou as fronteiras) dos suportes tradicionais (televisão, imprensa, rádio) para se estender às plataformas proporcionadas pela internet. Neste ambiente virtual, encontramos plataformas da responsabilidade de órgão de comunicação social tradicionais e outras suportadas por novos atores, *media like*, que atuam como verdadeiros produtores de conteúdos de comunicação social.

36. A publicidade, na maioria das vezes, estará presente em qualquer dos dois. Tal como nos media tradicionais, justifica-se assegurar a proteção dos consumidores quanto a formas de publicidade agressivas, dissimuladas ou, que, por outra via, desrespeitem a lei (p. ex. no respeitante ao princípio da identificabilidade ou da veracidade). Até ao momento, esta tarefa é cumprida pela aplicação do regime legal existente, procurando atender-se a um princípio de neutralidade do meio. Todavia, é inegável que a especificidade do meio tende a permitir o surgimento de novas formas de apresentação e transmissão da mensagem publicitária. Porque assim é, deve o legislador criar legislação adequada a estas novas formas de publicidade, tendo em especial atenção a necessidade de proteger grupos de consumidores mais vulneráveis (como sucede com os menores, que estão duplamente expostos, quer pela sua inexperiência, quer pela forma intensa como se movimentam no meio virtual e consomem este género de conteúdos).

37. No que respeita às preocupações expressas pela DGC com a coerência e consistência da legislação vigente em matéria de publicidade, é certo que a legislação incidente sobre o mesmo objeto ou matérias afins, ainda que avulsa, deve necessariamente ser coerente e consistente. A interpretação de uma norma não pode ser autonomizada dos princípios que compõem o ordenamento jurídico onde a mesma se insere, são de evitar quaisquer assimetrias regulatórias que possam resultar de diferentes normas de competência ou de regimes substantivos difusos. Ainda que a coerência e a consistência na regulamentação da

atividade publicitária seja um aspeto da maior importância, tal não será necessariamente posto em causa pela existência de competências partilhadas entre diferentes entidades, desde que as normas atributivas de competência sejam claras e evitem situações de conflitos positivos ou negativos.

38. Afastados os riscos de partilha de competências, tal repartição justifica-se desde logo por força da relação de proximidade que os reguladores sectoriais conseguem preservar juntos dos seus regulados com ganhos significativos no campo de ações pedagógicas, preventivas da infração, bem como no domínio da coregulação, fomento da auto-regulação e adoção de boas práticas. Ademais, a proteção do consumidor pode não ser o único bem jurídico tutelado na ação.

39. No que respeita às competências da ERC em matéria de publicidade, as mesmas justificam-se pois a ERC, quando atua ao abrigo das referidas competências, procura não só proteger os interesses do público enquanto consumidor dos produtos ou serviços promovidos, como também enquanto consumidor de conteúdos de comunicação social *per se*. Por exemplo, a não identificabilidade da publicidade difundida pelos media, lesa, ou pode lesar, também a credibilidade e compreensão pelo público da informação que com ela se confunde. O cumprimento das regras aplicáveis à atividade televisiva ou de rádio (nas quais se incluem o respeito pelos “tempo de publicidade”, integralidade dos programas, o respeito pelas regras de patrocínio, ajudas à produção, etc.) sempre será matéria a aferir pela ERC porquanto influencia necessariamente o processo de renovação das autorizações e licenças para o exercício da atividade. É necessário evitar o perigo de sujeição dos operadores a responder duas vezes pela mesma infração em instâncias diferentes. Em suma, a partilha de competências justifica-se, mas poderá, outrossim, carecer de delimitação mais clara para que se evitem conflitos de competências, sejam estes negativos ou positivos.

40. Questiona ainda a DGC o contributo da autorregulação e relação com a entidade com competência para a fiscalização. Cumpre referir que a autorregulação nesta matéria é bastante importante. Os processos de autorregulação têm a mais-valia de permitir a interiorização pelos próprios agentes do meio das regras a que estão adstritos, ainda que os resultados mais profícuos e que, porventura, melhor salvaguardam a proteção dos consumidores resultem de processos de coregulação.

41. A promoção da autorregulação por parte da entidade com competência para a fiscalização poderá obter resultados manifestamente positivos quando esta entidade disponha de mecanismos processuais de suspensão de pena por infrações cometidas no

passado. No fundo, sustenta-se a utilização deste mecanismo como instrumento coercivo para a autorregulação de determinada matéria no sector.

Tudo visto,

Nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 7.º, alíneas a), b), c) e e), e artigo 8.º, alínea j), dos Estatutos da ERC (aprovados pela Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro), o Conselho Regulador da ERC delibera remeter à DGC o presente documento elaborado em resposta ao pedido de colaboração desta entidade no que concerne a eventuais comentários às alterações propostas em matéria de publicidade.

Lisboa, 14 de maio de 2014

O Conselho Regulador da ERC,

Alberto Arons de Carvalho
Luísa Roseira
Raquel Alexandra Castro
Rui Gomes