



ENTIDADE REGULADORA
PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL

Deliberação

ERC/2020/108 (PUB-TV-PC)

Processo contraordenacional 500.30.01/2017/18 em que é arguido o operador televisivo CANAL Q, S.A., titular do serviço de programas “Q”

**Lisboa
20 de maio de 2020**

Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social

Deliberação ERC/2020/108 (PUB-TV-PC)

Assunto: Processo contraordenacional 500.30.01/2017/18 em que é arguido o operador televisivo CANAL Q, S.A., titular do serviço de programas “Q”

I. Relatório

- 1. Em processo de contraordenação instaurado por deliberação do Conselho Regulador da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, adotada em 26 de abril de 2017 [Deliberação ERC/2017/101 (PUB-TV)], de fls. 1 a fls. 7 dos autos, ao abrigo das competências cometidas à Entidade Reguladora para a Comunicação Social, designadamente a prevista na alínea ac) do n.º 3 do artigo 24.º dos Estatutos da ERC, adotados pela Lei n.º 53/2005 de 8 de novembro, conjugada com o previsto no artigo 67.º, n.º 1 do mesmo diploma legal, foi deduzida Acusação contra o Arguido CANAL Q, S.A., titular do serviço de programas “Q,” com sede na Rua Joaquim António de Aguiar, n.º 45, 4.º esquerdo, 1099-058 Lisboa, a qual, para os devidos e legais efeitos, se dá por reproduzida.**
- 2. Nos presentes autos está em causa o incumprimento do disposto no artigo 41.º-A, n.º 6, Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido, doravante LTSAP (Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, alterada pelas Leis n.º 8/2011, de 11 de abril, e n.º 40/2014, de 9 de julho e pela Lei n.º 78/2015, de 29 de julho).**
- 3. O Arguido foi notificado, pelo Ofício n.º SAI-ERC/2019/10806, datado de 11 de dezembro de 2019, a fls. 23 dos presentes autos, da Acusação de fls. 13 a fls. 22 dos autos, relativamente à qual apresentou defesa escrita, em 30 de dezembro de 2019, de fls. 26 a fls. 40, indicando como prova documental toda a que já produziu no procedimento administrativo 500.10.01/2017/68.**
- 4. Em síntese, invoca o Arguido, em defesa escrita:**

- 4.1.** Declara discordar do teor da Acusação contra si deduzida por considerar que não ocorreu a prática de qualquer infração.
- 4.2.** Alega que no decurso do programa não é feita publicidade a bebidas alcoólicas, não existe colocação de produto e nunca é feito qualquer incentivo direto ou indireto ao consumo de bebidas alcoólicas, mas apenas o desenvolvimento de um tema que a edição do programa considerou adequado ao seu público alvo.
- 4.3.** A presença da garrafa tem um propósito meramente ilustrativo e didático pois serve de pretexto à introdução aos temas abordados no programa, designadamente a gastronomia e a sua relação com a produção de vinho em Portugal e sua relevância social, cultural e económica.
- 4.4.** Foi apenas efetuada uma breve referência à garrafa em crise nos autos sem qualquer intuito promocional, inexistindo qualquer atuação dolosa.
- 4.5.** Ainda assim, garante que foram adotados os procedimentos necessários de controlo interno para evitar situações semelhantes.
- 4.6.** Finaliza pugnando pela sua absolvição e requereu o arquivamento dos presentes autos.
- 4.7.** Supletivamente, a ser punido, o que só concebe por mera questão de patrocínio, dada a inexistência de culpa e sendo nulo o benefício económico, deve a infração em causa ser considerada de reduzida gravidade e a sua punição consistir numa admoestação.
- 4.8.** Caso assim não seja entendido, requer a atenuação especial da coima, nos termos do artigo 80.º, n.º 1, da LTSAP, que remete para os requisitos estabelecidos pelo artigo 72.º do Código Penal (doravante, CP), por existirem circunstâncias que para tal concorrem.
- 4.9.** Quanto à prova documental, o Arguido indicou todos os documentos que juntou no procedimento 500.10.01/2017/68 e remeteu para as contas referentes ao exercício de 2018 já depositadas na Plataforma da Transparência da ERC, no cumprimento do disposto na Lei n.º 78/2015, de 29 de julho, e no Regulamento da ERC n.º 348/2016.

4.10. O Arguido não requereu a produção de prova testemunhal.

II. Fundamentação da matéria de facto

a) Factos provados

Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão da mesma, resultaram provados os seguintes factos:

5. O Arguido **CANAL Q, S.A.**, é um operador televisivo, conforme inscrição n.º 523401 na Unidade de Registos da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (doravante ERC), **a fls. 12** dos presentes autos.

5.1. No âmbito da sua atividade, o Arguido **CANAL Q, S.A.**, é responsável pelo serviço de programas “Q” que emite o programa denominado “*É a Vida, Alvim*”.

5.2. O serviço de programas “Q”, atualmente detido pelo Canal Q, S.A., é um serviço temático de humor, de cobertura nacional e de acesso não condicionado com assinatura.

5.3. O serviço de programas “Q” opera no mercado da comunicação social há quase uma década, encontrando-se registado na ERC desde 2011, conforme **fls. 12** dos autos.

5.4. O programa “*É a Vida, Alvim*” caracteriza-se por ser um programa de entretenimento, apresentado por Fernando Alvim e que habitualmente inclui entrevistas a profissionais de diversas áreas. O programa utiliza linguagem informal e é transmitido de terça-feira a sábado, com início pelas 24:00 horas.

5.5. No dia 9 de dezembro de 2016, o serviço de programas “Q” transmitiu o programa “*É a Vida, Alvim*” dedicado ao tema «Comida e Vinho».

5.6. O programa teve início por volta das 24:00 horas.

5.7. O programa teve a duração total de cerca de 24 minutos e 16 segundos.

5.8. Da visualização do programa “*É a Vida, Alvim*” transmitido no dia 9 de dezembro de 2016, constante de suporte digital (“CD”) junto a **fls. 11** dos presentes autos, verificou-se a ocorrência dos seguintes factos, os quais ora se descrevem de forma cronológica na decorrência da emissão:

5.8.1. O apresentador Fernando Alvim começou por introduzir o tema do programa «Comida e Vinho» e apresentou os convidados Ann-Kristin, cozinheira e criadora de um blogue, e André Ribeirinho, fundador da empresa intitulada “ADDEGA” que realiza eventos vinícolas.

5.8.2. Do lado direito da mesa onde estava sentado o apresentador, encontravam-se duas garrafas de vinho.

5.8.3. Na imagem surgiram os rótulos das garrafas das marcas “*Barca Velha*” e “*Niepoort*”.

5.8.4. A partir dos 31 segundos do início do programa, o enquadramento do plano da imagem do apresentador incluiu recorrentemente a garrafa de vinho da marca “*Barca Velha*”.

5.8.5. Aos 3 minutos e 20 segundos do programa, o apresentador dirigiu-se ao convidado André Ribeirinho e apontando para a garrafa de vinho da marca “*Barca Velha*” colocada ao seu lado, em cima da mesa, disse:

«Por exemplo, temos aqui um Barca Velha, que está justamente neste programa (...) Como é que tu podes explicar aqui à Ann o que é que é um Barca Velha? (...)»

5.8.6. Em simultâneo, é exibido um plano aproximado da garrafa de vinho com o rótulo “*Barca Velha*”, ocupando a totalidade do ecrã.

5.8.7. O convidado André Ribeirinho afirmou:

«É o vinho português com mais nome.»

«É um vinho que é lançado apenas em anos muito bons.»

«Só foram lançadas até agora 18 edições, em 64 anos.»

«É um vinho muito especial.»

«É um vinho que acabou de ser lançado no mercado.»

«E de certa forma também representa o nosso evento porque nós posicionamo-nos como um evento de vinhos de qualidade, de bons vinhos, e este é o expoente máximo.»

- 5.8.8.** De seguida, o convidado André Ribeirinho falou sobre a produção de vinhos em geral e sobre a atividade de realização de eventos através da sua empresa intitulada “ADDEGA” dedicada à promoção dos vinhos portugueses.
- 5.8.9.** O convidado André Ribeirinho identificou o vinho da marca “*Barca Velha*” como um dos produtos representativos da atividade desenvolvida pela empresa “ADDEGA”.
- 5.8.10.** No decurso da entrevista com o convidado André Ribeirinho, o enquadramento do plano do apresentador incluiu sempre a garrafa da marca “*Barca Velha*”.
- 5.8.11.** As garrafas de vinho das marcas “*Barca Velha*” e “*Niepoort*” permaneceram na mesa do apresentador até ao final do programa.
- 5.8.12.** O programa “*É a Vida, Alvim*” transmitido no dia 9 de dezembro de 2016 pelo serviço de programas “*Q*” terminou por volta das 24 horas e 24 minutos.
- 5.8.13.** No início e no final da edição de 9 de dezembro do programa “*É a Vida, Alvim*” não foram identificadas, antes e após o genérico, quaisquer referências à existência de «patrocínios», «ajudas à produção» ou «colocação de produto».
- 5.9.** No dia 14 de dezembro de 2016, foi recebida na ERC uma participação apresentada pela Associação Portuguesa de Direito do Consumo contra a emissão do programa “*É a Vida, Alvim*” de 9 de dezembro de 2016 transmitido pelo serviço de programas “*Q*”.
- 5.10.** Os factos ocorreram porque o Arguido não foi diligente na conformidade do conteúdo do seu programa com a legislação aplicável em matéria de

comunicações comerciais audiovisuais e não conduziu o procedimento de verificação e validação com o zelo e cuidado que podia e devia ter feito.

5.11. No ano de 2018, o Arguido obteve um resultado líquido do período de €3.102,17; um capital próprio no montante de €301.777,31 e um passivo de €107.530,44, conforme pode ser verificado **de fls. 42 a fls. 46** dos autos.

5.12. O Arguido não possui antecedentes contraordenacionais.

5.13. Não ficou provado qualquer outro facto, para além dos factos considerados provados e/ou que com aqueles se mostre incompatível.

b) Factos não provados

Da instrução e discussão da causa, com interesse para a decisão da mesma, não resultaram provados os seguintes factos:

6. Que o Arguido tenha agido com consciência da ilicitude dos factos por si praticados.

6.1. A existência de uma relação comercial entre o Arguido e a marca “Barca Velha”.

c) Motivação da matéria de facto

7. A autoridade administrativa formou a sua convicção a partir da análise crítica dos documentos juntos ao processo administrativo, aos presentes autos de contraordenação e da própria posição assumida pelo Arguido na sua defesa.

8. Na admissão e valoração dos meios de prova produzidos foram consideradas as normas legais relativas à admissibilidade dos meios de prova no processo de contraordenação, nos termos do artigo 42.º do RGCO e do CPP, aplicáveis subsidiariamente e com as devidas adaptações por via do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO, tendo sempre em consideração o princípio geral da livre

apreciação da prova disposto no artigo 127.º do CPP, nos termos do qual a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da autoridade administrativa.

9. Os factos relativos ao Arguido e à titularidade do serviço de programas “*Q*” - **ponto 5. ao ponto 5.3. dos factos provados** - resultaram do cadastro de registo de operador televisivo constante da Base de dados da Unidade de Registos desta Entidade, **a fls. 12** dos autos.
10. Os factos respeitantes ao programa “*É a Vida, Alvim*” e à sua transmissão — **ponto 5.5 ao ponto 5.8.13 dos factos provados** — foram extraídos do suporte de gravação **a fls. 11** dos autos e da Deliberação ERC/2017/101 (PUB-TV) datada de 26 de abril de 2017, **de fls. 1 a fls. 7** dos autos.
11. No que respeita aos factos consubstanciadores do elemento subjetivo **consignados no ponto 5.10. dos factos provados** — a autoridade administrativa valorou as declarações do Arguido presentes na sua defesa escrita. Não se provou que os trabalhadores do Arguido afetos ao desenvolvimento do programa “*É a Vida, Alvim*” tenham atuado com a consciência de que a informação de que dispunham sobre a identificação e a inclusão das marcas no programa não era correta mas há uma incontestável negligência, no sentido em que era exigível que estivessem bem informados quanto a esse aspeto.
12. Neste conspecto, sendo o Arguido um operador televisivo que desenvolve regularmente os necessários programas decorrentes do exercício da sua atividade, sabe que existem regras e limites a ter em conta, de onde decorre que as capacidades adquiridas no exercício da sua atividade levá-lo-iam a diligenciar no sentido de obter previamente informação sobre todas as obrigações legais a que por tal facto estava adstrito, caso tivesse agido com o cuidado a que estava obrigado e de que era capaz, de modo a organizar o trabalho em termos de os seus funcionários poderem cumprir a mencionada obrigação.
13. Por conseguinte, resulta provada a avaliação incorreta da parte dos trabalhadores do Arguido responsáveis pelo desenvolvimento do programa em crise, a qual é reveladora de uma análise pouco cuidadosa, não sendo credível, à luz de parâmetros de normalidade e razoabilidade não infirmados pela prova produzida, que os trabalhadores do Arguido, responsáveis pela coordenação, não tivessem sido capazes de acompanhar e perceber a desconformidade legal

pelo enaltecimento da marca no programa em questão, nos termos em que o foi, se tivessem sido mais cuidadosos.

14. Os factos consignados **no ponto 5.11. dos factos provados**, relativos à situação económica do Arguido, estão documentados na informação depositada pelo próprio na Plataforma da Transparência da ERC, no cumprimento do disposto na Lei n.º 78/2015, de 29 de julho e no Regulamento da ERC n.º 348/2016, **de fls. 42 a fls. 46** dos autos.
15. Quanto aos **factos não provados**, não ficou demonstrado nos autos que o Arguido tenha agido de forma livre, voluntária e consciente.
16. Tudo o mais que tenha sido alegado e não conste nos factos provados e não provados é matéria de direito, conclusiva ou irrelevante.
17. Determinada a matéria de facto considerada provada e valorada a prova produzida, passemos ao enquadramento jurídico.

III. Do enquadramento jurídico

18. Estabelecido o quadro factual apurado, importa proceder ao respetivo enquadramento jurídico.
19. Nos presentes autos foi imputada ao Arguido a prática de infração contraordenacional pela violação do disposto no n.º 6 do artigo 41.º -A da LTSAP, **infração prevista e punida pelo artigo 76.º, n.º 1, alínea a), da LTSAP, com coima de montante mínimo de € 20.000,00** (vinte mil euros) **e máximo de € 150.000,00** (cento e cinquenta mil euros), na medida em que efetuou referências promocionais específicas à marca “*Barca Velha*” e sem proceder à sua identificação no início e no final do programa “*É a Vida, Alvim*”, no dia 9 de dezembro de 2016.
20. Já aqui se esclareceu, da prova produzida e já devidamente valorada, resultar demonstrada a prática pelo serviço de programas “*Q*”, operado pelo Arguido, dos factos que lhe foram imputados nos presentes autos.

- 21.** Conforme já se referiu em sede própria, quanto à valoração da prova, o próprio Arguido assume expressamente ter praticado os factos que lhe foram imputados nos presentes autos e pelos quais foi neles acusado. Contudo, e apesar de os assumir, oferece defesa na qual apresenta a sua interpretação da lei aplicável, segundo a qual agiu dentro dos limites e em estrito cumprimento da lei, pelo que se impõe a análise dos argumentos que apresenta e a sua valoração.
- 22.** O Arguido argumentou que não praticou ilícito contraordenacional, uma vez que a presença das garrafas de vinho serviu apenas como pretexto para introdução do tema do programa, pelo que existiu uma finalidade meramente didática e não promocional e, como tal, não carecia de identificação.
- 23.** Concluindo o Arguido pela inexistência de qualquer violação ao disposto no n.º 6 do artigo 41.º - A da LTSAP.
- 24.** Ora, vejamos se lhe assiste razão.
- 25.** A chamada «colocação de produto» configura-se legalmente como «a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço, ou à respetiva marca comercial, num programa, a troco de pagamento ou retribuição similar» [Cf. artigo 2.º, n.º 1, alínea d), da LTSAP].
- 26.** Quanto ao regime aplicável, a LTSAP estipula três condições fundamentais para a inserção da colocação de produto. Ou seja, é possível inserir referências a produtos ou marcas no interior dos programas desde que tal inserção seja feita mediante o cumprimento das normas ínsitas no artigo 41.º -A da LTSAP.
- 27.** A primeira condição diz respeito à identificação dos programas onde exista a inserção de colocação de produto. Com efeito, a identificação é a única forma de proteção dos telespectadores que devem ser informados sobre a natureza dos conteúdos a que assistem, devendo esta fazer-se no início, no fim e aquando do seu recomeço depois de uma interrupção publicitária [Cf. o n.º 6 do artigo 41.º -A da LTSAP].

28. Em segundo lugar, os programas que sejam objeto de colocação de produto não podem encorajar diretamente à compra ou locação de produtos ou serviços, nomeadamente através de referências promocionais específicas a esses produtos ou serviços. Significa isto, desde logo, que a colocação de produto, no conteúdo de um programa, não pode ser acompanhada de juízos valorativos ou de outros efeitos publicitários [Cf. o n.º 4 do artigo 41.º -A da LTSAP].
29. Em terceiro lugar, a colocação de produto não pode conceder relevo indevido a produtos, serviços ou marcas comerciais, designadamente quando a referência efetuada não seja justificada por razões editoriais, ou seja, suscetível de induzir o público em erro em relação à sua natureza, ou ainda pela forma recorrente como aqueles elementos são apresentados ou postos em evidência [Cf. o n.º 5 do artigo 41.º -A da LTSAP].
30. Sem prejuízo da liberdade editorial na seleção dos conteúdos a divulgar que caracteriza o exercício da atividade televisiva, estes não podem incluir referências de natureza claramente promocional, e desse modo direcionadas para a comercialização daqueles bens ou serviços.
31. Subsumindo os factos ao direito, resulta demonstrado nos autos que no programa “*É a Vida, Alvim*” exibido no dia 9 de dezembro de 2016 foram efetuadas entrevistas com inclusão e referências a produtos e marcas **[Cf. pontos 5.8.3; 5.8.4; 5.8.5; 5.8.6; 5.8.7; 5.8.8; 5.8.9 e 5.8.10 dos factos provados]**.
32. Acresce que a inclusão e a referência aos produtos e marcas foram acompanhadas de menções enaltecedoras, em particular à marca “*Barca Velha*”, que continham juízos de valor a um seu produto, designadamente «*É o vinho português com mais nome*», «*É um vinho que é lançado apenas em anos muito bons*», «*É um vinho muito especial*», «*É um vinho que acabou de ser lançado no mercado*» e «*[E] é o expoente máximo*» **[Cf. ponto 5.8.7 dos factos provados]**.
33. Como resulta do confronto das citadas condições para a colocação de produto com o conteúdo do programa em crise nos autos, constata-se a existência de exemplos construídos e desenvolvidos a partir da iniciativa ou mensagem de comunicação da marca “*Barca Velha*”, com vista à sua evidenciação, em que é visível no cenário o aparecimento do logótipo da marca em

planos isolados e sobretudo enquadrado no ângulo de filmagem do apresentador enquanto decorriam as entrevistas cuja duração foi a mesma do programa, ou seja, 24 minutos e 16 segundos **[Cf. pontos 5.8.2; 5.8.3; 5.8.4; 5.8.5; 5.8.6; 5.8.10 e 5.8.11]**.

34. Em consequência, é com linear facilidade que se conclui que as referidas entrevistas, em particular a que é efetuada ao representante da empresa “ADDEGA”, acompanhada das menções transcritas, corporizam referências promocionais específicas à marca “*Barca Velha*”, porquanto inclui juízos de valor e adjetivação, com referência à sua qualidade e indicações quanto à sua produção e, por isso, existe um efeito publicitário que incita à compra do produto da marca mencionada.
35. Acresce que da visualização do programa produzido pelo operador “*É a Vida, Alvim*” resulta que o mesmo não foi acompanhado de identificação no início e no fim sobre a existência de colocação de produto **[Cf. ponto 5.8.13 dos factos provados]**.
36. Ao contrário do alegado pelo Arguido, a circunstância da utilização de referências promocionais específicas no programa, a evidenciação de bens ou marcas, de forma indevida – com recurso a referências verbais, imagens prolongadas que ultrapassem claramente as necessidades da temática a retratar, podem ser suscetíveis de confundir os telespectadores quanto à sua natureza. Acresce que a inclusão de referências promocionais nestas condições é habitualmente apta a colocar em causa a independência editorial dos programas.
37. Em face da análise precedente, mostra-se preenchido o elemento objetivo inerente à prática desta contraordenação.
38. Quanto ao elemento subjetivo, já aqui se referiu resultar demonstrado que o Arguido agiu com negligência.
39. O conceito legal de negligência está consagrado no artigo 15.º do Código Penal (doravante, CP), sendo aplicável ao ilícito de mera ordenação social por força do artigo 32.º do Regime Geral das Contraordenações e Coimas (doravante, RGCO), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro.

- 40.** Para se verificar o tipo de culpa inerente à negligência é necessário que se encontrem preenchidos três elementos¹: (i) a violação de um dever objetivo de cuidado que impende sobre o agente e que conduza à realização integral do tipo; (ii) a possibilidade de prever o perigo de realização do tipo; (iii) atender às capacidades, conhecimentos e recursos médios ou até acima da média do agente, para saber se podia ter cumprido ou não o dever objetivo de cuidado omitido.
- 41.** Assim, o tipo de culpa negligente consiste, precisamente, na atitude pessoal descuidada ou leviana perante o dever - ser jurídico - contraordenacional. Ora, este necessário juízo de culpa só poderá ser afirmado se puder reconhecer-se naquele que atua uma capacidade pessoal para prever e para cumprir o dever objetivo de cuidado bem como o concreto processo causal, o nexó entre a inobservância desse dever e o resultado punível, tendo em conta as suas faculdades e qualidades.
- 42.** Nos termos legais, a negligência pode ser consciente ou inconsciente. Enquanto na negligência consciente o agente representou como possível o resultado ocorrido, mas confiou, não devendo confiar, que ele não se verificaria [Cf. artigo 15.º, al. a) do CP], na negligência inconsciente o agente infringe o dever de cuidado imposto pelas circunstâncias, não pensando sequer na possibilidade do preenchimento do tipo pela sua conduta [Cf. artigo 15.º, al. b) do CP].
- 43.** Voltando ao caso dos autos, o dever objetivo de cuidado que o Arguido deveria ter observado consiste no facto de, na qualidade de operador de televisão, não ter conformado o conteúdo do seu programa com as normas legais aplicáveis em matéria de comunicações audiovisuais, evitando a difusão dos referidos conteúdos em desobediência às normas legais aplicáveis.
- 44.** A observância ou não deste dever, que corporiza o tipo de ilícito negligente, retira-se em termos factuais da conduta objetiva concretamente imputada e de um facto notório que não carece de prova e, conseqüentemente, não precisa de ser expressamente imputado (Cf. artigo 412.º do Código de Processo Civil (CPC) aplicável aos autos por via do artigo 4.º do CPP e artigo 41.º do RGCO), designadamente que o Arguido é um operador de televisão.

¹ Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, págs. 859 a 902

45. Quanto à questão de saber se era previsível e evitável para uma pessoa coletiva média ou acima da média que a violação desse dever conduziria à realização integral do tipo é uma conclusão que se extrai de padrões de conduta de conhecimento geral.
46. No que respeita à culpa negligente, é um facto notório que o Arguido é um operador de televisão há quase uma década e que difunde serviços televisivos temáticos. Ora, estes factos conduzem à conclusão necessária de que o Arguido dispunha de recursos suficientes para ter cumprido o dever objetivo de cuidado a que estava obrigado.
47. Por último, importa acrescentar que em adesão à corrente seguida pela jurisprudência e pelo Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 11/2013, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 178, de 16-09-2013, no sentido de que o artigo 7.º, n.º 2, do RGCO, consagra a imputação funcional dos factos à pessoa coletiva e não é necessário identificar o agente físico, a afirmação da responsabilidade do Arguido, a título de negligência, não demanda mais factos para além daqueles que se referiram.
48. Por conseguinte, conclui-se que o Arguido praticou, a título negligente, uma contraordenação pela violação do disposto no n.º 6, do artigo 41.º-A da LTSAP, infração prevista e punida pelo artigo 76.º, n.º 1, alínea a), do mesmo diploma, por ter conferido relevo indevido à marca “*Barca Velha*” através de referências promocionais específicas e cuja inserção não foi identificada no programa “*É a Vida, Alvim*”, transmitido em 9 de dezembro de 2016.

D) Da determinação da medida da coima

49. Feito pela forma descrita o enquadramento jurídico da conduta do Arguido, importa agora determinar a medida da sanção a aplicar.
50. O Arguido veio requer a aplicação da sanção de admoestação por considerar preenchidos os pressupostos previstos no artigo 51.º do RGCO.

- 51.** Efetivamente, dispõe o artigo 51.º, n.º 1, do RGCO que a entidade competente pode limitar-se a proferir uma admoestação quando a reduzida gravidade da infração e da culpa do agente o justifique.
- 52.** No processo de contraordenação, a admoestação é proferida por escrito, não podendo os mesmos factos voltarem a ser apreciados como contraordenação. [Cf. artigo 51.º, n.º 2, do RGCO].
- 53.** São, pois, requisitos cumulativos da aplicação da admoestação a reduzida gravidade da contraordenação e a reduzida gravidade da culpa do agente.
- 54.** A gravidade da contraordenação depende, por um lado, do bem jurídico tutelado, do benefício do agente ou do prejuízo causado, mas, por outro lado, depende também, diretamente, da própria lei (na medida em que, por exemplo, a lei qualifique as contraordenações como leves, graves ou muito graves).
- 55.** Ora, a lei, na presente situação, qualifica a contraordenação em questão como contraordenação grave [Cf. artigo 76.º, n.º 1, alínea a), da LTSAP], sendo que, mesmo tendo em conta a culpa diminuta do Arguido, desde logo por ter atuado de forma negligente conforme resulta dos factos apurados, de modo algum se pode considerar a concreta infração cometida pelo Arguido de “reduzida gravidade”.
- 56.** Nessa medida, a sanção de admoestação é inconciliável com a natureza grave da contraordenação praticada pelo Arguido.
- 57.** Foi este, aliás, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão de fixação de jurisprudência n.º 6/2018², proferido no âmbito do Processo N.º 215/15.7T8ACB.C1-A.51, no qual determinou que a aplicação da sanção de admoestação encontra-se reservada às contraordenações classificadas como leves.

² Publicado em Diário da República, 1.ª Série, n.º 219, de 14 de novembro de 2018.

- 58.** Com efeito, dispõe o douto Acórdão que *«O legislador, ao classificar as contraordenações como graves, muito graves ou leves pretendeu assegurar o princípio da proporcionalidade entre as infrações e as sanções previstas. Este princípio não é assegurado sempre que atenta a gravidade da infração se decide pela aplicação de uma sanção que pressupõe a reduzida gravidade daquela. Pelo que, estando subjacente à admoestação uma menor ilicitude da conduta (assim, Augusto Silva Dias), somos forçados a considerar que esta sanção não poderá ser aplicada às contraordenações expressamente classificadas pelo legislador como sendo contraordenações graves atenta a "relevância dos direitos e interesses violados" [também no sentido da aplicação da admoestação a contraordenações "de reduzido grau de ilicitude", Simas Santos e Leal Henriques expressamente concluem que "se houver uma qualificação legal de contra-ordenações em função da sua gravidade, deverão considerar-se de reduzida gravidade nos casos em que a lei as qualifique como leves ou simples", cf. Alexandra Vilela, O direito de mera ordenação social, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 433.»*
- 59.** Ora, revertendo estas considerações para a situação dos autos, cumpre considerar-se vedada a possibilidade de aplicação da admoestação ao caso vertente, julgando-se, em consequência, improcedente o argumento apresentado pelo Arguido.
- 60.** Por outro lado, o Arguido alegou ainda em sede de defesa que deverá ser especialmente atenuada a coima, com fixação no mínimo legal.
- 61.** Os pressupostos do regime da atenuação especial previstos no artigo 72.º, do Código Penal (CP), aplicam-se no âmbito contraordenacional, por força do estatuído no artigo 32.º, do RGCO [neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque³, Simas Santos e Lopes de Sousa⁴], pelo que há lugar à atenuação especial da coima quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores à contraordenação, ou contemporâneas dela, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto ou a culpa do agente (estando a moldura especialmente atenuada da coima fixada no artigo 18.º n.º 3, do RGCO).

³ Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações, Universidade Católica Portuguesa, Reimpressão de 2017, p.86

⁴ Contra-ordenações, Anotações ao Regime Geral, 6.ª edição, anotação ao artigo 18.º do RGCO

- 62.** O artigo 18.º, n.º 3. do RGCO preceitua que *«quando houver lugar à atenuação especial da punição por contra-ordenação, os limites máximo e mínimo da coima são reduzidos a metade.»*
- 63.** Conforme ensina a doutrina, o legislador sabe estatuir, à partida, as molduras penais atinentes a cada tipo de factos que existem na parte especial do Código Penal e em legislação extravagante, valorando para o efeito a gravidade máxima e mínima que o ilícito de cada um daqueles tipos pode assumir.
- 64.** Porém, entende, ainda, a doutrina, que o sistema só pode funcionar de forma justa e eficaz se contiver válvulas de segurança, vendo estas como circunstâncias modificativas.
- 65.** Por isso, quando, em hipóteses especiais, existam circunstâncias que diminuam por forma acentuada as exigências de punição do facto, deixando aparecer a sua imagem global especialmente atenuada, relativamente ao complexo padrão de casos que o legislador teve em mente à partida, aí haverá um caso especial de determinação da pena, conducente à substituição da moldura penal prevista para o facto por outra menos severa.
- 66.** Resumindo a tendência dominante na nossa jurisprudência, que segue a par a mencionada doutrina, podemos afirmar que a atenuação especial da pena só em casos extraordinários ou excepcionais pode ter lugar, uma vez que, para a generalidade dos casos normais, existem as molduras penais normais, com os seus limites máximos e mínimos próprios [sublinhado nosso].
- 67.** Tratando-se de um preceito de carácter excepcional, as circunstâncias terão de produzir determinado efeito – diminuição acentuada da ilicitude do facto, da culpa do agente, ou da necessidade da pena. Tudo depende de se considerar que as circunstâncias atenuantes em causa diminuam, ou não, de forma considerável a ilicitude, a culpa ou a necessidade da pena, assumindo valor atenuativo especial, na primeira hipótese, ou valor atenuativo geral, no segundo caso.

- 68.** Posto isto, haverá que verificar se pode a consideração global da conduta do Arguido no caso concreto dos autos, à luz do que vem de ser dito, preencher circunstâncias que diminuam de forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena, apresentando-se com uma gravidade tão diminuída que possa razoavelmente supor-se que o legislador não pensou em tal hipótese quando estatuiu os limites normais da moldura abstrata da coima.
- 69.** Entendemos que a resposta só pode ser negativa.
- 70.** Desde logo resulta da fundamentação de facto, a conduta, negligente, do Arguido que se traduziu na emissão de um programa televisivo em clara ultrapassagem dos limites legalmente previstos para a figura da colocação de produto, sobressaindo a ilicitude de uma atuação classificada como grave dada a seriedade e importância dos factos.
- 71.** Com efeito, a norma violada visa evitar os efeitos negativos sobre os consumidores/telespectadores que têm o direito a serem devidamente informados acerca da existência da comunicação comercial no interior dos programas a que assistem, a fim de não serem induzidos em erro quanto à sua natureza.
- 72.** Nesse sentido, a contraordenação praticada pelo Arguido não poderá ser considerada de reduzida gravidade, nos moldes já explicitados.
- 73.** Acresce que, há aqui um benefício económico para o Arguido, que se prende com o montante pago ou outros benefícios com valor económico atribuídos pela marca “*Barca Velha*” por força da colocação do seu produto no programa “*É a Vida, Alvim*”.
- 74.** Pese embora não resultar demonstrado nos autos a existência de uma relação comercial com a citada marca, é inequívoco o enaltecimento da marca “*Barca Velha*” no programa em crise nos autos, o qual manifestamente evidencia a existência de uma prévia preparação pelos responsáveis do programa, através da planificação e construção de um guião que possibilitou o enquadramento estratégico do logotipo da marca no cenário junto ao apresentador e a introdução de referências ao produto da marca na elaboração de entrevistas.

- 75.** Nessa medida e considerando que a publicidade continua a ser uma das principais fontes de receita dos operadores televisivos, conforme se retira expressamente dos seus relatórios anuais cujo conhecimento é público e notório, afigura-se-nos plausível que tenha existido pagamento ou retribuição similar pelas menções que foram efetuadas à citada marca.
- 76.** Por outro lado, convém frisar que em nenhum momento o Arguido concretizou algo sobre as circunstâncias atenuantes que, na sua ótica, devessem relevar para a atenuação especial da coima.
- 77.** E, no caso, não se vislumbram circunstâncias excecionais – as previstas no n.º 2 do artigo 72.º do CP ou quaisquer outras – de pendor atenuante extraordinário, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da coima [Cf. n.º 1 do citado artigo 72º]⁵.
- 78.** A este propósito, aliás, importa ainda salientar a própria conduta do Arguido no âmbito da sua defesa escrita (idêntica em procedimento administrativo) que nunca admitiu a ilicitude da sua atuação, facto que corrobora a conclusão de que inexistem circunstâncias que diminuam por forma acentuada a culpa do agente.
- 79.** Perante tal quadro e à luz do disposto no artigo 18.º, n.º 1 do RGCO, a moldura abstrata prevista para a infração praticada nos autos é manifestamente adequada e o efeito preventivo que o caso requer só pode ser alcançado com a coima a ser aplicada.

⁵ Artigo 72.º (Atenuação especial da pena)

1 - O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

2 - Para efeito do disposto no número anterior, são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes:

a) Ter o agente actuado sob influência de ameaça grave ou sob ascendente de pessoa de quem dependa ou a quem deva obediência;

b) Ter sido a conduta do agente determinada por motivo honroso, por forte solicitação ou tentação da própria vítima ou por provocação injusta ou ofensa imerecida;

c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados;

d) Ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta.

- 80.** Ponderados todos os fatores supra explanados, conclui-se que objetivamente não se verificam circunstâncias que justifiquem a aplicação do regime da atenuação especial da coima ao caso vertente, não merecendo provimento o invocado pelo Arguido.
- 81.** Em suma, e considerando a matéria explanada, conclui-se que o Arguido com a sua conduta praticou uma contraordenação violando negligentemente o artigo 41.º -A, n.º 6 da LTSAP cuja moldura penal se fixa entre €20.000 (vinte mil euros) a €150.000 (cento e cinquenta mil euros), nos termos da alínea a), do n.º 1, do artigo 76.º do mesmo diploma.
- 82.** Sendo a conduta imputável a título de negligência é reduzido a metade o limite mínimo e máximo da coima aplicável, conforme determina o n.º 2 do artigo 76.º da LTSAP e n.º 3 do artigo 17.º do RCGO.

IV. Deliberação

- 83.** Assim sendo e considerando todo o exposto, **vai o Arguido condenado no pagamento de coima de € 10.000,00 (dez mil euros)**, consubstanciando a moldura mínima aplicável, a título negligente, à presente infração.
- 84.** Mais se adverte o Arguido, nos termos do artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que:
- i) A presente condenação torna-se definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada nos termos do artigo 59.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro.
 - ii) Em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso o Arguido e o Ministério Público não se oponham, através de simples despacho.
 - iii) O Arguido deverá proceder ao pagamento da coima no prazo máximo de dez dias após o carácter definitivo ou trânsito em julgado da decisão.
 - iv) Em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo, deverá comunicar o facto à Entidade Reguladora para a Comunicação Social.
- 85.** Nos termos do disposto do artigo 50.º, alínea d), dos Estatutos da ERC, constituem receitas da Entidade Reguladora o produto das coimas por si aplicadas.

- 86.** O pagamento deverá ser efetuado, preferencialmente, através de transferência bancária para o **IBAN PT50 0781 0112 01120012082 78** ou em alternativa através de cheque emitido à ordem da Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública (IGCP, EPE). Em qualquer das formas de pagamento deverá ser identificado o n.º processo n.º 500.30.01/2017/18 e mencionado o envio, por correio registado para a morada da ERC, do respetivo cheque/comprovativo de transferência, com indicação do número de contribuinte, após o que será emitida e remetida a respetiva guia de receita.

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

Lisboa, 20 de maio de 2020

O Conselho Regulador,

Sebastião Póvoas

Mário Mesquita

Francisco Azevedo e Silva

Fátima Resende

João Pedro Figueiredo