

PUBLICIDADE

Introduzimos neste número um espaço autónomo dedicado à matéria da publicidade que regressará sempre que se justifique.

As infracções ao Código da Publicidade, constituindo ilícitos contraordenacionais, demandam, em regra, a intervenção do Ministério Público na fase judicial, quase sempre presente dado o valor das coimas. A eventual sustentação em julgamento da decisão da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria da Publicidade e a possível interposição de recurso da decisão judicial absolutória requerem uma particular atenção à matéria que ora se introduz no Boletim de Interesses Difusos.

Precedidas de uma nota introdutória elaborada para o efeito pela Senhora Juiz-Presidente da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria da Publicidade, encontram-se reproduzidas as principais peças do "Caso Super Bock" e do "Caso Persil".

Os Separadores na TV

Com a alteração ao artº 8º do Código da Publicidade, introduzida pelo Decreto-Lei nº 6/95, de 17 de Janeiro, e simultaneamente com o início do funcionamento da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria da Publicidade criada por este Decreto-Lei, instituiu-se a obrigatoriedade para todos os canais de televisão (e para a rádio) de proceder à separação da programação habitual e da publicidade através da introdução de um separador a inserir no início e no fim do espaço publicitário.

Separador esse que, por força do referido dispositivo legal, é constituído, na rádio, por sinais acústicos e, na televisão, por sinais ópticos ou acústicos, devendo, no caso da televisão, conter, de forma perceptível para os destinatários, a palavra "Publicidade" no separador que precede o espaço publicitário.

Determinando, ainda, o nº 1, do artº 8º, que a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado.

Na sequência destas exigências legais, todos os canais de televisão conceberam separadores coloridos e criativos com o intuito de separar a publicidade da restante programação.

Só que essa utilização nem sempre tem obedecido aos requisitos legais, ocorrendo frequentemente situações ilícitas que vão desde a inclusão de publicidade sem identificação ou precedência de separador, passando pela emissão de publicidade oculta ou dissimulada transmitida sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem.

Registam-se também casos em que o separador que anuncia o início e o terminus do espaço publicitário é concebido com características semelhantes ao spot relativo a determinado produto ou bem comercializado e cuja publicidade é inserida antes ou depois daquele separador, o que, ao invés de servir como meio de separação da

publicidade do resto da emissão do operador televisivo, funciona como uma extensão ou prolongamento dessa mesma publicidade.

Qualquer destas situações é ilícita, porquanto são violados os princípios da identificabilidade e da separabilidade preceituados no artº 8º do Código da Publicidade.

Tal prática tem sido utilizada insistentemente por um dos canais de televisão, sendo disso exemplo significativo os conhecidos separadores das "gotas de água" com o fundo vermelho e anúncio similar da "Super Bock", o separador com as cores e formato da caixa do detergente "Persil" e o anúncio ao detergente "Persil" com as mesmas características ou o separador com as faixas das cores do Banco Mello a formarem o cubo do seu símbolo e o spot a este Banco com as mesmas cores, símbolo ...

Através desta evidente semelhança visual entre o separador e o anúncio, transmitidos sequencialmente, pretende-se provocar nos destinatários a percepção de que o separador é o prolongamento da mensagem publicitária, aumentando e estendendo propositadamente o período e o efeito útil da publicidade.

A Comissão tem considerado como ilícita a utilização e inserção deste tipo de separadores e, em consequência, condenado o referido canal televisivo por tal prática contra-ordenacional.

Dessas decisões têm sido interpostos recursos para o respectivo Tribunal, sendo já conhecidas duas sentenças em sentido oposto, ambas proferidas pelo Tribunal de Oeiras: a sentença datada de 23/3/98 a confirmar a decisão da Comissão (caso "Super Bock") e a datada de 20/2/98 a revogar a decisão da Comissão (caso "Persil").

Mais do que reafirmar, aqui, as razões jurídicas oportunamente aduzidas em cada uma das decisões desta Comissão, parece-nos mais ajustado remeter os leitores para o conteúdo de cada uma das sentenças proferidas em sede de recurso, a fim de cada um poder livremente formar a sua convicção sobre a melhor interpretação da lei vigente.

Juiz-presidente da Comissão
de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade

TRIBUNAL DE CIRCULO E DA COMARCA DE OEIRAS

Proc. nº 210/97

Nos presentes autos de recurso contra-ordenacional, X, S.A., com sede na, ora recorrente, vem impugnar a decisão da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade, proferida no âmbito do processo de contra-ordenação nº ..., pela qual lhe foi aplicada uma coima de Esc. 2.000.000\$00, nos termos do disposto nos arts. 8º e 9º e 34º, nº 1, al a), todos do Código da Publicidade, por ter emitido publicidade, de forma dissimulada, nos separadores da publicidade da restante programação televisiva, em violação, portanto, aos princípios da identificabilidade e da separabilidade.

Na sua motivação, a recorrente conclui que o separador em causa cumpre a sua função de separar a publicidade da programação, não constituindo uma forma de publicidade subliminar ou dissimulada, alegando fundamentalmente, que:

- o separador inclui um fundo vermelho com gotas de água, no qual aparece a palavra "publicidade" na parte inferior do écran, sendo acompanhado de sinais sonoros - audíveis e quando o separador desaparece do écran fica totalmente negro, o que não se confunde com o *spot* publicitário da cerveja "Super Bock";

- que entre o separador referido e o *spot* publicitário não existem os mesmos sons e movimentos e que a única similitude se reconduz à cor vermelha no fundo;

- o separador constitui uma emissão concreta e única pelo que não pode comportar publicidade dissimulada. porque não inclui sinais ou objectos; que são iguais ou muito parecidos com um produto publicitário e o telespectador chega a tomar consciência da mensagem.

Em 27.05.97, a X, S.A. declarou para efeitos de imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas, como total de proventos obtidos entre 1.1.96 e 31.12.96, Esc. 19.632.013.935\$00.

Sendo esta a matéria de facto assente, cumpre apreciar e decidir.

É imputada à recorrente a violação dos princípios da identificabilidade e separabilidade e a prática de publicidade dissimulada, e como tal a prática das contra-ordenações p. e p. pelos arts. 8º, 9º e 34º, nº 1, al. a), ambos do Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei nº 330/90, de 23 de Outubro, na redacção introduzida pelos Decretos-Lei nºs 74/93, de 10 de Março, e 6/95, de 17 de Janeiro.

Entendendo a recorrente não ter violado tais normas legais, constata-se que a *questão jurídica controvertida* consiste em apurar se o comportamento supra descrito é, ou não, susceptível de integrar a prática das contra-ordenações referidas, por violador dos princípios da separabilidade e identificabilidade da publicidade e por se traduzir na prática de publicidade dissimulada.

Estabelece o artº 8.º do Código da Publicidade que:

"1. A publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado.

2. A publicidade efectuada na rádio e na televisão deve ser claramente separada da restante programação, através da introdução de um separador no início e no fim do espaço publicitário.

3. *O separador a que se refere o número anterior é constituído (...) na televisão, por sinais ópticos ou acústicos, devendo conter de forma perceptível para os destinatários a palavra "Publicidade" no separador que precede o espaço publicitário.*

Por sua vez, dispõe o artº 9º do mesmo diploma legal que:

1. *"É vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem.*

2. (...)

3. *Considera-se publicidade subliminar para os efeitos do presente diploma, a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chega, a tomar consciência."*

Pela simples leitura dos referidos preceitos legais, constata-se que o legislador pretendeu que a publicidade seja apresentada de maneira a que seja facilmente reconhecida pelos destinatários e que estes se apercebam inequivocamente da natureza e do conteúdo publicitário da mensagem emitida, quaisquer que sejam as formas, e os suportes publicitários utilizados. Nomeadamente obrigando que o bloco publicitário esteja perfeitamente identificado como tal e que se demarque, através de separadores *específicos* e *próprios* da restante programação e que a mensagem publicitária seja identificada como tal, de forma expressa e directa e não seja transmitida de forma "encapotada".

Atento o disposto no artº 8º, resulta patente que a exigência do separador se prende com o facto de se destacar a publicidade do resto da programação, devendo o mesmo ser um marco de divisão e fronteira, que, necessariamente, atenta a sua função. - separar tem de ser diferente dos - anúncios publicitários transmitidos e, deles ser dissociado. Ou seja, o separador só cumpre a sua função quando é "inócuo" em termos de mensagem publicitária, uma vez que a única mensagem que o mesmo deve conter é a de que a seguir vai ser transmitida publicidade. Isto é informar o telespectador que deixou de ser transmitido o programa respectivo e vai passar a ser transmitida publicidade.

Assim sendo, quando o próprio separador, em termos expressos ou subliminares, contem mensagens publicitárias não cumpre as suas funções enquanto separador mas é antes funcionalizado para transmissão dessa mesma mensagem publicitária, servindo assim como meio de introdução do anúncio publicitário respectivo.

E essa funcionalização não deixa de existir pelo facto de o separador conter a palavra "publicidade", pois como se referiu já, o que o legislador pretende é que o telespectador se aperceba que a seguir ao separador vai ser transmitida publicidade e não que o próprio separador é já ele publicidade, uma vez que o mesmo só deve servir como "barreira" entre a programação e a publicidade e não como veículo de transmissão de publicidade ou como meio de predispor o telespectador para um anúncio publicitário específico.

O artº 9º proíbe que se usem imagens subliminares ou outros meios que sejam susceptíveis de transmitir publicidade sem que os telespectadores se apercebam dessa mesma mensagem. E esta proibição impõem-se, independentemente da forma ou técnica que concreta e especificamente seja utilizada, sempre que se constate que a mesma é apta a provocar no destinatário percepções sensoriais de que o próprio não se chega a aperceber. Ou seja, a mensagem publicitária é transmitida de uma forma tal que o telespectador, inconscientemente assimila-a mas não se chega a reconhecer como receptor da mensagem publicitária, não obstante a mesma lhe provocar reacções sensoriais.

Uma das formas possíveis de transmitir publicidade subliminar ou dissimulada é precisamente mediante a associação de determinadas imagens, sons ou configurações visuais de um determinado espaço de emissão com marcas específicas de produtos.

Refira-se ainda que este preceito legal não limita a possibilidade de existência de publicidade subliminar à transmissão de determinado programa específico, como seja um filme, podendo a mesma ocorrer no âmbito geral da programação realizada.

Feita a análise dos preceitos legais em questão, cumpre agora atentar na situação concreta.

Ora, atendendo à matéria de facto provada constata-se que a requerente transmite um separador com as características referidas no nº 1 dos factos provados, no início de um "bloco" publicitário, seguindo-lhe um anúncio à cerveja "Super Bock", com as características referidas sob o nº 2 dos factos provados.

Pela análise comparativa entre o separador e o referido anúncio constata-se que ambos têm o fundo vermelho na mesma tonalidade, que em ambos surgem gotas de água, que vão deslizando - no primeiro caso para formar uma gota de água maior onde se insere a palavra "publicidade" e no outro, acompanhando o movimento da carga da cerveja - e que o movimento, quer da referida gota no separador, quer da carga no anúncio, se faz do topo do écran para a parte inferior central do mesmo.

Como elementos não coincidentes entre o separador e o anúncio surge, evidentemente, a palavra "publicidade" no interior da gota de água e a palavra "Super Bock" no interior da carga; o facto de a gota de água vir a deslizar no écran e a carga vir aos "saltos" e o som que acompanha um e outro que não é o mesmo, não obstante ser semelhante.

Apreciados o separador e o anúncio referido em conjunto, ressalta que entre ambos existe uma semelhança visual muito acentuada, relacionada com a existência de um fundo e de uma dinâmica comuns que faz com que, em termos de normalidade, ou atento o padrão médio do telespectador, exista a associação do separador ao anúncio, constatando-se que os elementos diferenciadores entre um e outro ficam esbatidos, não sendo assim suficientes para não criarem a "sensação" no telespectador que os mesmos se complementam ou estão associados, sensação essa que é acentuada com o facto de o anúncio ser logo transmitido a seguir ao separador.

E esta associação do separador ao anúncio publicitário traduz-se, desde logo, em acentuar o impacto da imagem e prolonga, a nível de tempo, a mensagem publicitária, que, por via da referida associação, se "interpenetra" com o separador, induzindo assim o telespectador em erro, porque o mesmo, não se chega a aperceber desses efeitos.

É certo que essa associação não ocorre com a primeira emissão ou "passagem" do separador e do *spot* publicitário, mas a mesma, inevitavelmente, ocorre com a transmissão do anúncio publicitário da "Super Bock" logo a seguir ao separador de forma regular e constante, o que, aconteceu 6 a 7 vezes por dia, num total de 1.363 vezes, no período compreendido entre 08.12.95 a 30.06.96 (cfr. facto provado sob o nº 4).

E neste aspecto não tem qualquer procedência o argumento da recorrente ao referir que não existe interesse em transmitir essa mensagem através do separador quando o "spot" publicitário passa logo a seguir. De facto, como tão bem saberá a recorrente, o interesse traduz-se no prolongamento e no impacto da própria mensagem publicitária.

Ora, perante este tipo de transmissão encontra-se mais que evidenciada a aposta, por parte dos criativos do separador com aquelas características e do referido anúncio publicitário, na associação que o telespectador necessariamente faria entre ambos. Se

assim não fosse, restaria perguntar, porque nunca alteraram a ordem de transmissão do anúncio, não o pondo, por exemplo, no meio do bloco publicitário?

Assim sendo, não nos restam dúvidas que o separador e o "spot"- publicitário foram criados em função um do outro e tendo em vista a forma de transmissão referida - o spot publicitário imediatamente a seguir ao separador -, sendo uma técnica perfeitamente consciente e concebida, precisamente com a noção e com o intuito de que vai existir, por parte do telespectador, essa associação. Tanto assim é que a recorrente vai adaptando separadores a determinados anúncios publicitários.

Saliente-se aliás, que a própria recorrente admite existir semelhança em termos visuais entre o separador e o anúncio publicitário, nomeadamente no que concerne ao fundo vermelho utilizado em ambos, referindo no entanto que tal semelhança não é suficiente para o telespectador associar a separador ao anúncio e não é proibida por lei.

A semelhança entre o separador e o anúncio publicitário é também assumida na deliberação do Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade, que a recorrente juntou aos autos, a fls. 17 ss, e no qual se refere que *"Há, sem dúvida, uma evidente semelhança visual entre o fundo do separador e o anúncio, só que essa semelhança parcial não é proibida por qualquer norma legal ou de deontologia da publicidade, pois o que esta não deve imitar são «outros anúncios», e não os separadores dos blocos publicitários."* Concluindo que se existisse imitação do separador só a recorrente poderia, eventualmente, queixar-se, com base nas normas reguladoras dos direitos de autor e que o Júri nada tem a opor ao anúncio em causa. (sublinhado nosso).

Ora, esta deliberação em nada ajuda a recorrente na sua tese. De facto, na mesma apenas se analisa se são, ou não, violadas as normas deontológicas da publicidade pressupondo aliás, que o separador também pode conter publicidade - numa perspectiva de "imitação, por parte do anúncio, do separador, nada referindo quanto à questão em análise - se essa semelhança se traduz, ou não, em publicidade dissimulada e apenas concluindo que "nada tem a opor ao anúncio em causa", sendo certo que o que se discute nos presentes autos não é o anúncio publicitário enquanto tal.

Atento todo o exposto, mostram-se improcedentes as conclusões que a recorrente formula em sede de alegações.

Efectivamente, a recorrente refere que não se verificam os requisitos da publicidade dissimulada, por a mesma exigir suportes que são filmes ou séries, no entanto, como já se referiu aquando da análise do artº 9º do Código da Publicidade, nada na letra nem na "ratio" de tal preceito legal permite retirar tal conclusão. Antes pelo contrário, verifica-se não existir qualquer limitação, em termos de suporte específico de programação, para que a mensagem publicitária seja subliminarmente transmitida, sendo o referido preceito legal bastante "aberto" quer em relação ao meio utilizado - imagens subliminares ou outros meios dissimuladores, quer quanto à forma de transmitir os mesmos - mediante qualquer técnica.

Saliente-se que, nos termos da lei, o separador deve constituir uma emissão concreta que não se confunde (ou não devia confundir-se), com qualquer anúncio publicitário, pelo que existe a possibilidade, de através do mesmo serem transmitidas as referidas imagens subliminares integrantes da publicidade dissimulada.

Falece ainda razão à recorrente quando conclui que a lei não proíbe semelhanças entre separadores e "spots" e isto porque. a lei só não proíbe tais semelhanças se as mesmas não forem aptas a serem associadas à mensagem publicitária do anúncio em causa. Pois, com já se referiu, a lei exige que o separador para cumprir as suas funções, seja inócuo em termos de mensagem publicitária não podendo, ele próprio, transmitir, prolongar ou reforçar, mesmo que por via de associação, determinada mensagem publicitária, uma vez que o separador, como o seu próprio nome indica, tem por função,

exclusivamente, separar a publicidade da restante programação. Ou seja, a única mensagem que o mesmo deve conter, é a de que a seguir vai ser transmitido um bloco publicitário e não ser, ele próprio, funcionalizado a uma mensagem publicitária concreta e específica.

E esta posição, em nada é alterada pelo facto de, tal como alega a recorrente, o separador ter a palavra "publicidade" porque a mesma é exigida pelo artº 8º do Código da Publicidade destinando-se a informar que se vai seguir a transmissão de publicidade e não para informar que o separador é, ele próprio, publicidade. Assim sendo, o separador em análise, contrariamente ao afirmado pela recorrente, não cumpre integralmente as imposições do Código da Publicidade.

Face a todo o exposto, impõe-se concluir, perante a factualidade provada e atento o modo de actuação concreto da recorrente, ter-se por violado o disposto no artº 8º e, simultaneamente (ou por via dessa violação), ter-se por realizado o comportamento típico previsto no artº 9º, punidos nos termos do disposto no artº 34º, nº 1, al. a), todos do Código da Publicidade e, conseqüentemente, por realizadas as contra-ordenações imputadas à recorrente.

As infracções em causa são puníveis com coima de Esc. 400.000\$00 a Esc. 6.000.000\$00, na medida em que se está perante um comportamento levado a cabo por uma pessoa colectiva.

De acordo com o disposto no artº 18º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro, a determinação da medida da coima far-se-á em função da *gravidade da contra-ordenação, da culpa, da situação económica do agente e do (eventual) benefício económico que este retirou da prática da contra-ordenação.*

Nos termos do disposto no artº 19º do mesmo diploma legal, no caso de concurso de contra-ordenações aplicar-se-á uma única coima, cujo limite máximo resulta da soma das coimas concretamente aplicáveis às infracções em concurso, não podendo no entanto, exceder o dobro do limite máximo mais elevado das contra-ordenações em concurso nem ser inferior à mais elevada das coimas aplicadas.

No caso *sub judice*, a decisão recorrida, teve em consideração os factores referidos no artº 18º do Decreto-Lei nº 431/82, nada referindo, no entanto, quanto ao aludido benefício económico.

Por outro lado, a decisão recorrida apesar de referir que foram violados os artº 8º, e 9º do Código da Publicidade (cfr. fls. 43 e 44 e fls. 45), no dispositivo apenas se diz - Condenar a arguida, pela prática da referida contra-ordenação, na coima de Esc: 2.000.000\$00, não fazendo assim referência expressa se a mesma é em cúmulo jurídico, ou não.

No entanto, atendendo à motivação, entende-se que a coima fixada naquele montante teve em consideração o facto de terem sido praticadas duas contra-ordenações ao Código da Publicidade.

Nos presentes autos, encontra-se determinado que pela transmissão do anúncio da "Super Bock", a recorrente cobrou à "Unicer", Esc- 31.603.553\$00, sendo certo que nada consta sobre o valor da transmissão do separador em apreciação nos presentes autos, não obstante se entender que no valor supra referido foi ponderado o facto de o separador estar associado ao anúncio.

Quanto à situação económica da recorrente, a decisão recorrida considerou o total dos proventos obtidos pela mesma no ano de 1995, os quais, conforme consta da factualidade assente, foram, no ano de 1996, superiores.

Nos termos do n.º 2 do art. 72º-A do Decreto-Lei nº 433/82, introduzido pelo Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro, o montante da coima aplicada pela autoridade administrativa pode ser agravado se a situação económica e financeira do arguido tiver entretanto melhorado de forma sensível (excepção à proibição da *reformatio in pejus*).

Pela análise da declaração de rendimentos da recorrente referente ao ano de 1996 constata-se ter a recorrente obtido proveitos muito superiores aos tidos em conta pela decisão recorrida, o que permite concluir pelo melhoramento da situação económica da recorrente (cfr. factos provados sob os nºs 6 e 7). No entanto, este melhoramento da situação económica da recorrente não é suficiente para, por si só, se proceder ao agravamento da coima aplicada pela decisão recorrida.

Por outro lado, verifica-se que, em concreto, não se encontra determinado o montante cobrado pela recorrente pela transmissão do separador, em apreciação, por forma a aferir o benefício económico retirado pela recorrente com a prática das contra-ordenações, uma vez que esse é um critério de determinação da medida, coima que reputamos de particular importância, atento o objectivo visado pelo legislador de, através da sua consideração, anular o provento ilicitamente obtido pelo agente.

É certo que não se desconhecem os elevados montantes em causa no que respeita à actividade publicitária e à sua transmissão, como resulta do montante global da transmissão do anúncio da "Super Bock" (facto provado sob o nº 5)

Porém, não menos certo é que o Tribunal não pode, nesta sede, basear-se, apenas, na constatação que tal valor incluiu a transmissão do separador para presumir o benefício económico que a recorrente obteve, uma vez que não temos qualquer critério, concreto e específico, que nos permita demonstrar qual a parte desse montante global se refere à transmissão do separador nos termos em que a mesma foi realizada.

Face ao exposto, e ponderadas as circunstâncias referidas nos artº 18º do Decreto-Lei nº 433/82, atendendo à gravidade das contra-ordenações, à culpa da recorrente (a qual se mostra acentuada atenta a forma de actuação da mesma, sendo, deste modo, elevado o seu dolo), aos limites abstractos da coima supra referidos e às exigências e finalidades da punição, entendemos como proporcional e adequada a fixação da coima de esc: 800.000\$00 (oitocentos mil escudos) pela violação do disposto no artº 8º do Código da Publicidade - uma vez que a recorrente ainda transmitiu um separador publicitário, não obstante o mesmo estar, conforme se referiu, associado ao anúncio da "Super Bock" -, e de esc: 1.500.000\$00 (um milhão e quinhentos mil escudos) pela violação do artº 9º do mesmo diploma legal, mantendo-se, em cúmulo jurídico, a coima de e 2.000.000\$00 (dois milhões de escudos).

Entendendo-se assim que a coima concretamente aplicada pela Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade, se mostra, ainda, *adequada* e *suficiente* pelo que é de mantê-la nessa concreta medida.

DECISÃO

Tudo analisado e ponderado, ao abrigo do disposto no art.º 64º do Decreto-Lei nº- 433/82, de 27 de Outubro, com a redacção que lhe foi atribuída pelo Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro, nega-se provimento ao presente recurso e, em consequência, decide-se manter a decisão recorrida, pela qual foi a recorrente "X, S.A." condenada, pela prática das contra-ordenações p. e p. pelos arts. 8º, 9º e 34º, nº 1, al. a) do Código da Publicidade, na coima de Esc. 2.000.000\$00 (dois milhões de escudos).

Custas pela recorrente, fixando-se em Esc. 50.000\$00 (cinquenta mil escudos) a taxa de justiça devida, nos termos do disposto nos arts. 93.º, n.ºs 3 e 4, e 94.º, nº 3,

ambos do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro.

Notifique a recorrente e o Ministério Público.

Comunique, com cópia, à Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade (cfr. al. 70.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 433/82).

Oeiras, 23 de Março de 1998

Interesses Difusos

MINISTÉRIO DA ECONOMIA**Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade**

Proc. nº

Acordam os elementos que constituem a presente Comissão,
Juiz de Direito, que Preside, e respectivos vogais: o Presidente do Instituto do Consumidor, o Inspector-Geral das Actividades Económicas e o Presidente do Instituto da Comunicação Social,
após respectiva deliberação, na seguinte DECISÃO:

Resultam dos autos as seguintes circunstâncias fácticas:

O Instituto do Consumidor lavrou um auto de notícia, datado de 22 de Agosto de 1996, onde fez constar que:

No dia 17 de Julho de 1996, a arguida "X, S.A.", com sede na ..., emitiu o programa "Buérére", tendo interrompido o programa aproximadamente aos 51 minutos de emissão e inseriu o *spot* publicitário do produto "Persil", um detergente destinado à roupa, transmissão esta que foi imediatamente antecedida de um separador de emissão que precedeu, igualmente, à referida transmissão de publicidade.

O separador em causa contém escrita, embora de forma pouco perceptível para os destinatários, a palavra "publicidade", mas a imagem que transmite é facilmente confundível com o *spot* do detergente "Persil", já que possui os mesmos tons verdes e os efeitos especiais são similares.

A emissão junto do público destinatário, do separador com as características apresentadas é, contudo, susceptível de provocar no consumidor, (que não se encontra antecipadamente prevenido e consciente de que esse separador constitui, na verdade, um prolongamento da mensagem publicitária), uma falsa impressão de que se trata de uma manifestação criativa, imparcial e involuntariamente coincidente, do operador televisivo e, logo, completamente desligada da mensagem publicitária que o precede ou que se lhe segue.

Através da utilização, por parte do operador televisivo, deste meio dissimulador e associando o consumidor o separador ao *spot* do detergente, é, pois, prolongado, no tempo, o efeito útil da mensagem, violando-se as regras da identificabilidade da mensagem publicitária que, através desse meio, se confunde com o separador, induzindo-se, em última análise, o consumidor em erro.

Factos que o IC (Instituto do Consumidor) considerou como constituindo uma utilização ilícita do separador que, ao invés de servir como meio de separação da publicidade do resto da emissão do operador televisivo, funciona, na prática, como uma extensão ilícita dessa mesma publicidade.

Ouvida a arguida, veio esta apresentar a sua defesa, nos termos que constam de fls. 10 e segts, e onde conclui pela improcedência da acusação, alegando, em resumo que admite haver, em termos parciais, semelhança visual entre o fundo do separador e o anúncio, mas que tal semelhança não é proibida por lei.

Para reforço da sua posição anexou a deliberação do Júri da Ética Publicitária do Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade, num caso similar, onde se opina que há, sem dúvida, uma evidente semelhança visual entre o fundo do separador e o

anúncio; só que essa semelhança parcial não é proibida por qualquer norma legal ou de deontologia da publicidade.

Foram inquiridas as respectivas testemunhas que se pronunciaram conforme consta dos autos a fls. 21 a 23.

Prova: fls. 5 a 7, e 21 a 23.

ANALISANDO JURIDICAMENTE:

A questão jurídica suscitada nos autos reconduz-se à questão de saber se o separador utilizado pela X antes da emissão do espaço publicitário e do spot do detergente “Persil” que é introduzido de imediato, é ou não ilícito, dadas as características e similitudes que apresenta com o respectivo anúncio, quer quanto ao seu conteúdo, quer quanto à forma, cor e ritmo das respectivas imagens se viola ou não o princípio da identificabilidade previsto no artº 8º do Código da Publicidade, ou se se configura ou não como um caso de publicidade subliminar e dissimulada, proibida pelo artº 9º daquele Código.

A este propósito diremos que:

Um dos princípios gerais que rege a publicidade, a par do princípio da licitude, do princípio da veracidade e do princípio pelos direitos do consumidor, consiste no princípio da identificabilidade.

E, segundo este princípio, consignado no artº 8º do Código da Publicidade, a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado.

Assim, a publicidade efectuada na rádio e na televisão deve ser claramente separada da restante programação, através da introdução de um separador no início e no fim do espaço publicitário - cfr. nº 2 do citado artº 8º.

Separador esse que é constituído na rádio por sinais acústicos e, na televisão, por sinais ópticos ou acústicos, devendo, no caso da televisão, conter de forma perceptível para os destinatários, a palavra «Publicidade» no separador que precede o espaço publicitário- cfr. seu nº 3.

A redacção deste preceito legal, no tocante aos seus nºs 2 e 3, foi introduzida recentemente pelo Decreto-Lei nº 6/95, de 17 de Janeiro.

E a finalidade subjacente a essa alteração foi exactamente a de impedir que a publicidade seja difundida quer pela rádio, quer pela televisão, sem que os destinatários se apercebam do conteúdo publicitário da mesma.

Houve, pois, da parte do legislador a preocupação de exigir a *obligatoriedade da identificação dessa publicidade, através da colocação de um separador no início e no fim do respectivo espaço publicitário, como forma de garantia* de que qualquer destinatário, que visiona ou ouça essa mensagem publicitária, se aperceberá desde logo da sua natureza e conteúdo.

E como princípio geral que é, *o princípio da identificabilidade tem que ser observado em qualquer anúncio publicitário nos precisos termos em que está definido pelo artº 8º do Código da Publicidade.*

Mas a publicidade, para além de respeitar o princípio da identificabilidade, tem de se compaginar com os restantes princípios inseridos no Código da Publicidade. E assim, as respectivas mensagens publicitárias devem ser veiculadas em termos que não se encontrem vedados pelo referido diploma legal.

E uma das práticas que o Código da Publicidade proíbe é a publicidade oculta ou dissimulada

Efectivamente, preceitua o seu artº 9º, nº 1 que é vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem.

Por sua vez, o nº 3 dá-nos a noção de publicidade subliminar, estipulando que se considera como tal a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência.

Traduz-se, pois, na utilização de percepções subliminares, que não ultrapassam o limiar da consciência, através da qual a percepção dos objectos ocorre no limite do reconhecimento pelo indivíduo, em face do afastamento do esclarecimento.

É a publicidade dissimulada, oculta com astúcia, encoberta, em que é explorada a transmissão de imagens publicitárias sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem, apreendendo-a inconscientemente.

E assim, *haverá publicidade oculta ou ilícita quando se recorra a um meio insidioso de transmissão, que atinja o sujeito abaixo do limiar da sua consciência, pondo em crise a sua vontade própria.*

A este propósito pode ler-se in Moitinho de Almeida, "A Publicidade Enganosa", 1970, págs. 28 e 29 que, "a publicidade subliminar é aquela que procura agir sobre o indivíduo abaixo do limiar das percepções sensíveis. A mais utilizada é aquela que tem como suporte o cinema, introduzindo-se no filme a projectar imagens que ocupam escassos milésimos de segundo e que o espectador não se apercebe a nível consciente".

Prática que o artº 9º do Código da Publicidade proíbe, em consonância com o estabelecido na Lei nº 58/90, de 7 de Setembro - Regime da Actividade de Televisão - que regula, no artº 27º, nº 2 a identificação da publicidade, *proibindo a publicidade subliminar difundida através da televisão.*

E cuja violação constitui infracção contra-ordenacional prevista e punida nos termos do artº 34º, nº 1, alínea a) do Código da Publicidade com coima.

Ora, reportando-nos ao caso "*sub-judice*" temos que:

Resulta dos autos que a X, durante algum tempo., antes da colocação do *spot* publicitário do produto "Persil" um separador, introduzindo-o no início. antes portanto da emissão da publicidade e no fim do espaço publicitário, fazendo constar desse separador - apenas no que aparece antes do início daquele espaço - , a palavra "Publicidade".

Porém, a questão dos autos não se reconduz à da inexistência de separador publicitário, mas sim à questão de saber se o separador utilizado pela X, antes e depois do anúncio do produto "Persil", apresenta quanto ao seu conteúdo, forma, cor e características, semelhanças tais que se confundem com as que são inseridas no próprio anúncio do "Persil", ou, tais imagens constituem publicidade subliminar, pelo modo como foram concebidas, levando os destinatários a não se aperceberem da natureza publicitária da mensagem que consta do referido separador, o que, a acontecer, está vedado pelo artº 9º do Código da Publicidade.

Ora, das imagens contidas na cassette constatamos que:

O separador da X aqui em causa é formado por um fundo negro onde evoluem finas faixas de cor verde que convergem para o centro do écran, aí formando um círculo branco com margens amarelas, aparecendo inscrita, em letras de pequena dimensão, a palavra "*Publicidade*".

Por sua vez, no *spot* publicitário do "Persil", dois momentos distintos o caracterizam: um primeiro, de formação da imagem final, também com um fundo

igualmente negro onde evoluem finas faixas de cor verde que convergem para o centro do écran, aí formando um círculo branco com margens amarelas, imagem esta que dá origem à parte inferior da embalagem do produto "Persil" que, já num segundo momento, aparece completa e nítida, com o nome "Persil" na sua parte superior.

A sequência entre o separador e o anúncio do "Persil" é feita nos seguintes termos:

- primeiro é introduzido o separador da publicidade com o fundo negro onde evoluem finas faixas de cor verde que convergem para o centro do écran, aí formando um círculo branco com margens amarelas, nos moldes já referidos;
- a seguir e durante milésimos de segundos aparece tudo preto;
- depois surge de novo o fundo negro onde evoluem finas faixas de cor verde que convergem para o centro do écran, aí formando um círculo branco com margens amarelas, seguido da imagem da embalagem do produto;
- seguindo-se, de novo, o fundo negro onde evoluem finas faixas de cor verde que convergem para o centro do écran, aí formando um círculo branco com margens amarelas, já sem a inscrição da palavra "Publicidade".

Da análise efectuada ao conteúdo do separador, sua apresentação, movimento e cor e seu confronto com o *spot* publicitário do "Persil" resulta que:

Ambos possuem características similares como sejam: a mesma cor, os mesmos efeitos visuais traduzidos na existência de um fundo comum com faixas verdes a convergirem para o centro do écran e a mesma sequência de imagens geradora do movimento das faixas até darem origem ao círculo branco bordejado de amarelo, figura esta que, estática, é idêntica à da figura constante da parte inferior da embalagem do produto "Persil".

Todas essas imagens do separador e do *spot* publicitário, transmitidas uma após outra, tomam-se dificilmente distinguíveis e confundem-se, provocando nos destinatários, que não se encontram antecipadamente prevenidos e conscientes, a *percepção de que esse separador constitui um prolongamento da mensagem publicitária*.

E mesmo quando o separador aparece no écran sozinho, a fechar o espaço publicitário, a associação das imagens não é afastada, antes pelo contrário, mantém-se, determinando no destinatário/consumidor/telespectador a imediata associação das faixas verdes no seu movimento convergente à embalagem e ao produto "Persil", de forma inconsciente, e provocando aquilo a que o legislador designa de percepções sensoriais de que ele não chega a tomar consciência, por actuar abaixo do seu limiar.

Está-se, assim, conforme salienta e bem o Instituto do Consumidor, "perante uma modalidade que, ao fazer uso das técnicas de produção de estímulos de intensidades fronteiriças com os limites dos sentidos e *mediante utilização de meios dissimuladores ao nível da imagem* e do som, tende genericamente a actuar sobre o público destinatário sem que ele se aperceba, de forma consciente.

Através da utilização desse meio dissimulador e associando o consumidor o separador ao detergente, é, pois, prolongado no tempo o efeito útil da mensagem, violando-se as regras da identificabilidade da mensagem publicitária, que, através deste meio, se confunde com o separador, induzindo-se, em última análise, o consumidor em erro.

Existe, assim, *uma utilização ilícita do separador que, ao invés de servir como meio de separação da publicidade da restante programação televisiva, funciona, na prática, como uma extensão ilícita dessa mesma publicidade*".

E constitui também publicidade subliminar e dissimulada, através da utilização de imagens subliminares, estando expressamente vedado, pelo artº 9º do Código da

Publicidade, o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem, ou o recurso a qualquer técnica que possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência.

E não se diga que existe apenas uma mera semelhança visual, que é apenas parcial, entre o fundo do separador e o anúncio, que não é proibida por Lei, como alegou a arguida na sua contestação a fls. 10 a 12 e consta da deliberação do Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade a fls. 14 e 15.

A semelhança é tal que qualquer cidadão comum acaba por associar uma imagem à outra, ou seja: o separador ao detergente “Persil”.

E claro que o facto de não se apresentar de outra forma mais directa e objectiva é propositado, para passar dissimuladamente.

E dadas as características que o separador apresenta só pode ter sido concebido, naqueles termos, com esse objectivo: o de provocar nos telespectadores a confusão, para que estes não se apercebessem da natureza publicitária da mensagem.

Aliás, realça-se, que essa tem sido uma prática sistemática da X, conforme resulta de outros separadores que tem vindo a introduzir e a emitir - v. g., o caso “Super Bock” e, mais recentemente, outros *spots*, que, decerto, não são concebidos assim por mera coincidência ...

Do exposto resulta que a arguida “X, S.A” violou, pelas razões explanadas, os princípios da identificabilidade e separabilidade preceituados no artº 8º do Código da Publicidade e incorreu na prática de publicidade dissimulada, vedada pelo artº 9º daquele Código.

Factos que consubstanciam os ilícitos contra-ordenacionais previstos e punidos nos termos das citadas disposições legais conjugadas com o artº 34º, nº 1, alínea a) em coima cujo montante varia entre 400.000 e 6.000.000\$500, tratando-se de pessoa colectiva.

NESTES TERMOS E CONSIDERANDO:

a) *A gravidade da contra-ordenação* - aferida esta pelas circunstâncias factuais supra descritas quanto ao modo e forma de execução da infracção (como ocorreu: os factos e circunstâncias que se determinaram, que antecederam e envolveram a prática da infracção...), as suas consequências nos termos em que resultaram provadas e atenta, ainda, a natureza jurídica dos deveres legais violados;

b) *A culpa do(s) agente(s)* - Entendida esta enquanto elemento de imputação subjectiva ao(s) agente(s), na intenção ou vontade consciente e livre de realizar o facto, prevendo-o e aceitando-o como consequência directa, necessária ou possível da sua conduta - o *dolo* (nas suas diversas formas), pelo que, o(s) arguido(s) responde(m) pela respectiva factualidade contra ordenacional típica, ilícita e censurável nesses precisos termos;

c) A situação económica da arguida que, no ano de 1995 teve um total de proveitos de 17.196.044.360\$00 (cft. fls. 16-v.);

d) Que a coima a aplicar deverá, sempre que possível, exceder o benefício económico que o agente retirou da prática da contra-ordenação;

e) Os mínimos e máximos previstos no artº 34º, nº 1, alínea a) do referido Código da Publicidade;

f) O cadastro da arguida - correm termos por esta Comissão os autos com o nº 303-13 em que a arguida vem acusada de infracção ao disposto no artº 8º, do Código da Publicidade e outros processos similares.

DECIDE-SE:

Condenar a arguida “X, S.A.” pela prática da referida contra-ordenação, na coima de Esc 2 000 000\$00 (dois milhões de escudos) e custas no montante de Esc.: 35 000\$00, de acordo com o disposto no artº 94º nº 2 e 3 do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, com a alteração introduzida pela Decreto-Lei nº 244/95, de 14 de Setembro - que define e regula o regime jurídico das contra-ordenações - e aqui igualmente aplicável.

Notifique, com as. informações a que aludem os nºs 2 e 3 do artº 58º do citado Decreto-Lei nº 433/82. e com as alterações introduzidas pelo diploma legal supra referenciado, averbando cópia.

Comunique - o que inclui a Inspeção -Geral das Actividades Económicas, o Gabinete de Apoio à Imprensa, o Instituto do Consumidor, a DECO, a ACOP, RADIOTELEVISÃO PORTUGUESA, S.A., a TVI - Televisão Independente, S.A., a ICAP, a APAN, a APAP, a APDC.

Lisboa 12 de Junho de 1997

A Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade

TRIBUNAL DE CIRCULO E DA COMARCA DE OEIRAS

"X S.A.", devidamente representada nos autos, veio interpor recurso da decisão da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade, proferida em 17 de Julho de 1997, que lhe aplicou a coima de 2.000.000\$00 por em 17 de Julho de 1996 ter cometido a contra-ordenação prevista e punida nos termos das disposições combinadas do art.ºs 8º, 9º e 34º n.º 1 alínea a) do Código de Publicidade.

Nos termos da referida decisão, o ilícito referido terá resultado de, na data indicada: "emitiu o programa Buérére, tendo interrompido o programa aproximadamente aos 51 minutos de emissão e inseriu o *spot* publicitário do produto "Persil", um detergente destinado à roupa, transmissão esta que foi imediatamente antecedida de separador de emissão. O mesmo tipo de separador precedeu, igualmente, a referida transmissão de publicidade".

"O separador em causa contém escrito, embora de forma pouco perceptível para os destinatários, a palavra publicidade, mas imagem que transmite é facilmente confundível com o *spot* do detergente "Persil", já que possui os mesmos tons verdes, os efeitos são similares e, mesmo o som com características similares é dificilmente destringível".

"A emissão presente do público destinatário do separador com as características apresentadas, é contudo susceptível de provocar no consumidor (...) uma falsa impressão de que se trate de manifestação criativa, imparcial e involuntariamente coincidente do operador televisivo e, logo, desligada da mensagem publicitária que o precede ou que se lhe segue".

"Existe no caso uma utilização ilícita no separador que, ao invés de servir como meio de separação da publicidade em relação ao resto da emissão do operador televisivo, funciona na prática como uma extensão ilícita dessa mesma publicidade".

Alega em resumo e conclusão. A recorrente:

- a) entre o separador e o *spot* há as seguintes diferenças:
 - utilizam cores diferentes;
 - utilizam sinais sonoros diferentes;
 - utilizam imagens diferentes.
- b) a única semelhança é constituída pelo movimento de feixes em direcção ao centro do écran;
- c) Não se verificam os requisitos de publicidade subliminar ou dissimulada pois a mesma exige suportes que são filmes e séries, o que não se passa no caso presente;
- d) O separador integra a palavra publicidade;
- e) A Lei não proíbe semelhanças entre separadores e *spots*;
- f) O separador em causa nos presentes autos cumpre integralmente as disposições do Código da Publicidade.

Termina requerendo o arquivamento dos autos.

O Ministério Público não se opôs à admissão do recurso.

O Ministério Público e a recorrente têm legitimidade. Não há nulidades, excepções ou quaisquer questões prévias que cumpra conhecer.

Procedeu-se a julgamento com inteira observância das formalidades legais, tendo resultado como provados os seguintes factos:

No dia 17 de Julho de 1996, a recorrente emitiu o programa televisivo denominado "Buéréré" que interrompeu com a finalidade de inserir algum tempo destinado a publicidade.

Com esse fim emitiu algum tempo, uma imagem a cores em que inseria de forma evidente a palavra *Publicidade* e em que não se fazia referência a qualquer produto ou serviço cuja promoção se pretendesse fazer.

Imediatamente a seguir passou a inserir referências a vários artigos, o primeiro dos quais foi o produto "Persil", um detergente destinado à roupa, em que inseriam tons verdes e com efeitos especiais peculiares. Este tempo de publicidade foi pela entidade requerida considerado como susceptível de causar confusão entre o separador e o *spot* publicitário.

Não se provou, todavia, que a semelhança entre as duas actuações da emissora televisiva fosse de molde a causar inequivocamente a assimilação das duas imagens com propaganda no referido produto.

De resto a inserção como já se referiu da palavra *Publicidade* no separador retira de forma clara a possibilidade de confusão.

Nada mais se provou. A convicção do tribunal baseia-se no depoimento das testemunhas inquiridas, cuja credibilidade se deve apreciar, tendo em conta que são colaboradores da arguida, e da análise da cópia televisiva das imagens em apreço.

Cumpre decidir:

Os factos dados como provados não podem levar à conclusão de que a arguida tenha cometido a contra-ordenação que a decisão recorrida lhe imputa.

Na verdade entende-se que foi dado cumprimento ao disposto pelos diversos artigos do art.º 8 do Código de Publicidade, já que o princípio da identificabilidade foi respeitado.

Por outro lado não pode entender-se que estejamos perante publicidade oculta ou dissimulada, que o art.º 9º do mesmo diploma legal proíbe, já que o produto publicitado no *spot* está perfeitamente identificado nas suas características. Também nenhuma prova foi produzida de que tenha sido violado o n.º 3 desta disposição legal.

Pelo exposto:

Julgo procedente o recurso interposto e consequentemente não provada a acusação revogando a decisão recorrida.

Assim, absolvo a arguida.

Notifique.

Oeiras, 20 de Fevereiro de 1998

O Juiz de Direito