

Assunto: Recomendação n.º 35/B/99

Na Recomendação n.º 35/B/99 que dirigi a Sua Excelência o Primeiro Ministro concluí pela necessidade:

- a) De ser alterada, com urgência, a legislação que regulava a matéria dos serviços de valor acrescentado (SVA) e, em especial, a redacção do artigo 10º do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, no sentido de ser consagrado o princípio geral do *barramento* de acesso ao serviço de valor acrescentado, conjuntamente com a necessidade do acesso ao serviço ser pedido pelo proprietário do telefone que a ele queira aceder; e
- b) De ser consagrada por via legislativa a proibição de cobrança dos SVA que comprovadamente tivessem resultado de solicitações feitas por crianças e por indivíduos inimputáveis.

Decidiu Vossa Excelência não acatar a minha Recomendação; e fê-lo com a motivação constante da comunicação supra referida. Ao reafirmar na íntegra o teor da Recomendação 35/B/99 julgo dever responder especificadamente aos argumentos apresentados.

Afirma Vossa Excelência que ***a legislação actual faz prevalecer a defesa do direito de acesso aos serviços de audiotexto, garantido na lei, permitindo, desse modo, aos assinantes, uma verdadeira liberdade de escolha, sem assumir um proteccionismo excessivo relativamente aos consumidores*** (vide §4 da comunicação de 04/04/2000). Importa deixar claro que a argumentação de Vossa Excelência não encontra paralelo (e ainda bem que assim é) em outras matérias de consumo.

Veja-se o caso paradigmático dos *direitos reais de habitação periódica*: também nesta situação poder-se-ia ter argumentado com a liberdade de escolha para impedir a consagração de mecanismos especiais na formação da vontade contratual em nome da defesa dos consumidores; mas não se seguiu esse caminho e hoje ninguém contesta a justeza das medidas de protecção do consumo oportunamente previstas.

A liberdade de escolha não é, como é bom de ver, um princípio absoluto. Mais: não só a garantia da defesa dos interesses e os direitos dos consumidores estão erigidos como incumbências prioritárias do Estado no âmbito económico e social [artigo 81º, alínea h) da Constituição da República Portuguesa, adiante CRP], como a protecção dos consumidores é um dos objectivos da política comercial definidos na Lei Fundamental [artigo 99º, alínea e) da CRP].

Compreenderá Vossa Excelência que para o Provedor de Justiça a expressão *proteccionismo excessivo* não faz qualquer sentido: ou, por um lado, verifica-se que os cidadãos estão desprotegidos (designadamente porque é possibilitado o uso de meios tecnológicos avançados para, de forma astuciosa, os induzir em erro) e consequentemente devem ser tomadas as justas medidas para proteger os consumidores ou, inversamente, conclui-se que a situação actual garante suficientemente a liberdade de escolha e nada se faz.

Mas devo chamar a atenção de Vossa Excelência, a este propósito, para a parte final do preâmbulo do Decreto-Lei nº 177/99 (que disciplina a prestação de serviços de audiotexto) que o Governo da República fez publicar em 21 de Maio de 1999: *(...) com o normativo agora adoptado torna-se mais transparente a relação entre as empresas prestadoras do serviço e o consumidor, contribuindo-se para um maior grau de esclarecimento do consumidor. Tal resultado é obtido com a criação de novos indicativos de acesso, a facturação discriminada, a possibilidade de barramento do acesso a estes serviços, a indicação prévia do custo dos serviços e a indicação, através de sinal sonoro, da cadência por cada minuto de comunicação.* Observe-se que, não obstante existir liberdade de escolha, o legislador reconheceu duas evidências: a de que o consumidor não estava esclarecido e a de que a relação empresa prestadora/consumidor não era transparente.

Sendo certo que o Decreto-Lei nº 177/99 constituiu um primeiro passo na alteração deste estado de coisas, não é menos verdade que os mecanismos então criados se mostram, se não ineficazes, pelo menos insuficientes.

Defender a liberdade de escolha nas situações em que quem escolhe não sabe o que escolhe corresponde a conferir uma protecção meramente formal aos consumidores e permitir que, no dia a dia, estes continuem a ser vítimas de práticas de abuso; e não intervir com aquela justificação representa o beneplácito das entidades públicas de quem se esperaria uma actuação, no mínimo, reguladora destas actividades.

Como julgo ter deixado suficientemente explanado no texto da Recomendação nº 35/B/99, a actual situação dos serviços de audiotexto (usualmente designados como SVA serviços de valor acrescentado) é extremamente preocupante. É preocupante porque os funcionários das empresas que exploram os serviços de audiotexto são pessoas treinadas e vendedores experimentados; é preocupante porque os *públicos-alvo* são muitas vezes as crianças e outras tantas os idosos; é preocupante porque os sinais sonoros são quase sempre inaudíveis; é preocupante porque as gravações iniciais são demasiado rápidas e não permitem a compreensão das mensagens gravadas; é preocupante porque o legislador consagrou uma fórmula absolutamente vazia de conteúdo ao tornar ilícita a publicidade dirigida a menores de 16 anos; é preocupante porque os montantes envolvidos nestas chamadas são radicalmente distintos dos valores praticados no serviço público telefónico.

Mas é preocupante, antes de mais, porque apesar destas realidades Vossa Excelência situa a **liberdade de escolha** acima de todos estes valores ameaçados. E é ainda mais preocupante porque Vossa Excelência vai mais longe e argumenta com os valores da **certeza** e **segurança jurídicas** para fundamentar a decisão de não consagrar por via legislativa a proibição de cobrança dos SVA que comprovadamente tiveram resultado de solicitações feitas por crianças e por indivíduos inimputáveis.

Ao afirmar *(...) ser importante referir que, o princípio segundo o qual a responsabilidade pelo pagamento das cobranças efectuadas pelos*

operadores, é do assinante, se apresenta como o mais forte garante da certeza e segurança jurídicas (vide §7 do mencionado ofício) Vossa Excelência parece não atribuir qualquer relevância à necessidade de ser garantida - em paralelo com a liberdade de escolha, com a certeza e com a segurança jurídica - uma protecção inequívoca às crianças, aos idosos, aos inimputáveis e às suas famílias.

Acrescente-se que Vossa Excelência invoca a liberdade de escolha e nada diz sobre a protecção da infância (artigo 69º da CRP), dos cidadãos portadores de deficiência (artigo 71º da CRP), bem como da terceira idade (artigo 72º da CRP). Que liberdade de escolha têm as crianças? E os inimputáveis? E muitos dos cidadãos na terceira idade que simplesmente desconhecem o que seja um serviço de audiotexto?

O que se pretende com a Recomendação nº 35/B/99 é a consagração da possibilidade (da mera possibilidade, atente-se) de serem averiguadas, caso a caso, as circunstâncias que conduziram à súbita cobrança de montantes verdadeiramente astronómicos e que, em muitos casos, ultrapassam em mais de 1000% o preço médio das chamadas telefónicas efectuadas mensalmente de um telefone da rede fixa.

Uma vez que caberia sempre aos interessados fazer a prova e que esta seria valorada casuisticamente mediante a ponderação dos elementos apresentados, também não posso concordar com a afirmação de que (...) ***comprovar que uma determinada chamada telefónica teria sido efectuada por uma criança ou por um inimputável, apresentaria sempre sérias dificuldades, nomeadamente no que se refere à protecção do princípio do sigilo das comunicações*** (vide §9 do mesmo ofício). O que se recomenda, destaco uma vez mais, é simplesmente que essa possibilidade seja expressamente consagrada.

E permitir-me-á Vossa Excelência formular, a título de exemplo, a seguinte questão: de que forma estaria posto em causa o sigilo das comunicações no caso de serem apresentados testemunhos atestando que, em determinado dia e a determinada hora, uma criança ou um inimputável fizeram uma chamada telefónica?

Devo, ainda, manifestar o meu profundo desacordo com a afirmação de que ***a solução proposta de consagração do barramento como regra, pode ser considerada, hoje, e tendo em vista o regime legal vigente, como excessiva, sendo contrária ao direito de acesso que se visa garantir, e sendo também desproporcionada, já que a protecção dos consumidores é alcançada pelas vias legalmente consagradas, designadamente pela possibilidade oferecida de pedir o barramento selectivo ou genérico do acesso aos serviços*** (vide §6 ainda do ofício nº 3227). Está Vossa Excelência informado dos inúmeros pedidos que já dirigi à Portugal Telecom, S.A. para que tenha em atenção a dramática situação económica de muitos agregados familiares que se vêem confrontados, subitamente, com contas telefónicas que ascendem a milhares de contos? E tem Vossa Excelência conhecimento das centenas destas situações que envolvem crianças, idosos e indivíduos inimputáveis?

Não pode deixar de me surpreender que Vossa Excelência fale em desproporção para recusar a regra do *barramento*, não relevando nesta sede a liberdade de escolha; mas que já invoque a liberdade de escolha para defender o direito de acesso, esquecendo então por completo a situação de desproporção existente.

Mas o exercício do direito de acesso não é o único domínio - nem mesmo, quem sabe, o principal - a ter em conta na questão das chamadas de valor acrescentado. Importa sobretudo ter em atenção a possibilidade, agora tornada evidente, das empresas que exploram serviços de audiotexto estabelecerem elas mesmas o contacto com os potenciais utentes. Como descrevi exhaustivamente na Recomendação n.º 35/B/99 algumas empresas que exploram serviços de audiotexto fizeram uso de dados relativos às pessoas visadas para, mediante astúcia, as levarem a efectuar chamadas de valor acrescentado que, de outro modo e manifestamente, não seriam realizadas.

E não se diga que as estas situações, na medida em que têm relevância criminal, estão devidamente enquadradas pelas pertinentes disposições do Código Penal e são, por essa via, suficientemente reprimidas. Como Vossa Excelência reconhecerá, a mera repressão não acautela, por si só, a verificação de novas violações. Concordará então Vossa Excelência que, para além da necessária repressão, deve o Estado preocupar-se com o domínio da prevenção como principal forma de evitar a repetição das práticas atentatórias da dignidade das pessoas e destruidoras da confiança inerente ao Estado de direito.

Em face das continuadas práticas de abuso nos serviços de audiotexto impõe-se que as entidades públicas actuem de forma a reprimir os prevaricadores e a prevenir quaisquer novas formas de prevaricação; e a tomada das medidas que recomendei é, estou em crer, a melhor forma de assegurar esta prevenção.

Compreenderá Vossa Excelência, em face de quanto ficou escrito, que o Provedor de Justiça somente pode reafirmar na íntegra o teor da Recomendação n.º 35/B/99 no sentido de:

A. Que, com urgência, seja alterada a legislação que regula a matéria dos serviços de valor acrescentado (SVA) e, em especial, a redacção do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 177/99, de 21 de Maio, no sentido de ser consagrado o princípio geral do barramento de acesso ao serviço de valor acrescentado, conjuntamente com a necessidade do acesso ao serviço ser pedido pelo proprietário do telefone que a ele queira aceder.

B. Que seja consagrada na legislação a proibição absoluta da cobrança dos SVA que comprovadamente resultaram de solicitações feitas por crianças e por indivíduos inimputáveis.

Peço a Vossa Excelência que me informe da posição que venha a ser assumida em face da presente comunicação.

Com os melhores cumprimentos,

O Provedor de Justiça,

José Menéres Pimentel

Comunicação ao reclamante do arquivamento do processo.

O Provedor de Justiça entendeu que na situação reclamada não seria adequada a adopção de qualquer intervenção e sugeriu ao reclamante o encaminhamento para meio mais eficaz à satisfação da sua pretensão, nos termos da seguinte comunicação:

1. Solicitou V.^a Ex.^a, através da comunicação com data mencionada em epígrafe, que o Provedor de Justiça se pronunciasse sobre o teor do cartaz inserido na campanha contra a violência doméstica, promovida pela Fundação da Juventude e apoiada pelo Ministério para a Igualdade, cartaz esse já amplamente divulgado ao público por diversas formas e meios de comunicação.

Insurge-se V.^a Ex.^a contra as inscrições que, em jeito de *slogan*, compõem o cartaz, considerando que o respectivo conteúdo atenta contra a dignidade da pessoa humana por supostamente criar, sobretudo nas crianças e nos adolescentes, o sentimento comum de que a postura no mesmo traduzida revelará, ao contrário da realidade, um modo de vida generalizado e não marginal.

Independentemente de poder considerar-se feliz ou infeliz, adequada ou inadequada determinada opção publicitária, e de ser legítimo, designadamente quanto à que aqui nos ocupa, tecer um sem número de considerações subjectivas sobre a orientação que lhe está subjacente, a verdade é que não subsistirão, do ponto de vista jurídico, razões que possam fundamentar uma qualquer violação dos princípios e valores fundamentais que enformam a nossa ordem jurídica, consubstanciados designadamente no texto constitucional.

2. Assim, pode ler-se no art.º 37.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa que *"todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações"*. Conforme referem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira precisamente em anotação a este dispositivo constitucional (*in* "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª edição revista, 1993, pg. 225), *"o direito de expressão (...) é, desde logo e em primeiro lugar, a liberdade de expressão, isto é, o direito de não ser impedido de exprimir-se. Neste sentido, enquanto direito negativo ou direito de defesa, a liberdade de expressão é uma componente da clássica liberdade de pensamento (...)"*, sendo que *"o direito de expressão pode ainda incluir um direito à expressão, isto é, um direito positivo de acesso aos meios de expressão"*. O direito de informação consiste por outro lado e desde logo na *"liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos, mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a informar, ou seja, direito a meios para informar"*.

Como manifestação particular da liberdade de expressão do pensamento (cf. autores mencionados, ob. cit., pgs. 246 e 247) o texto constitucional consagra, no seu art.º 42.º, a liberdade de criação intelectual, artística e científica, abrangendo esta *"o processo de criação ou conformação; (...) a obra, concebida como objectivação da criação cultural (...)"* (e) *a divulgação, o conhecimento e a comunicação do "produto" da criação cultural"*.

Esclarecem, por outro lado, os mesmos autores, que *"há certos limites ao exercício do direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento, cuja infracção pode conduzir a punição criminal. Esses limites visam salvaguardar os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos de tal modo importantes, que gozam de protecção penal. Entre eles estarão designadamente os direitos dos cidadãos à sua integridade moral, ao bom nome e reputação (...); a injúria e a difamação ou o incitamento ou instigação ao crime (...) não podem reclamar-se de manifestações"*

da liberdade de expressão ou de informação" (ob. cit., pgs. 226 e 227). Da mesma forma, os limites a considerar na liberdade de criação cultural *"são apenas os limites imanentes resultantes da sua colisão com outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos"* (ob. cit., pg. 247).

3. Não se vislumbra que o conteúdo da acção publicitária que aqui é posto em causa por V.^a Ex.^a possa contender com algum daqueles direitos ou interesses salvaguardados pela lei fundamental. De facto, não será lícito afirmar que as inscrições ínsitas no mesmo consubstanciarão uma ofensa, ainda que velada, ao direito de não agressão por meios morais ou ao direito que todo o cidadão tem de não ser lesado na sua honra, dignidade ou consideração social. A mensagem constante da acção publicitária em foco não se dirige obviamente a nenhum destinatário em particular, nem sequer – e apesar da expressão "porque é que os homens insistem em tornar as mulheres feias" – a um qualquer grupo de pessoas, pretendendo antes sensibilizar o país para uma realidade que é já do conhecimento geral dos cidadãos. E é essa realidade que todos reconhecemos como urgente combater, onde quer que a mesma se encontre e em qualquer das suas múltiplas formas de manifestação, em nome da construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, e da consolidação de um Estado de direito mais consentâneo com o objectivo sempre presente da efectivação e aprofundamento dos direitos e liberdades fundamentais.

Com o devido respeito, não se mostrará razoável afirmar que o cartaz sugere a imagem de que a violência doméstica constitui uma postura generalizada no seio da sociedade portuguesa, já que uma conclusão desse tipo se revelará manifestamente desadequada do ambiente cultural do país. Isto, apesar de não passar despercebido que o cartaz utiliza como mote da campanha aquele que parece ser o tipo de violência doméstica mais comum e decerto o mais divulgado, o que se infere afinal do *slogan* contestado por V.^a Ex.^a.

4. O conjunto de considerações que acima se tece vale igualmente para a análise da questão à luz das regras sobre a publicidade. A este propósito, numa anotação ao art.º 60.º do texto constitucional, referem ainda J. J. Canotilho e Vital Moreira (ob. cit., pg. 324) que *"sendo a publicidade um meio potente de promover o consumo e influenciar o consumidor, compreende-se que a Constituição tenha privilegiado o seu tratamento (...), determinando a sua disciplina por via legal, e proibindo directamente, desde logo, certas formas de publicidade, em homenagem ao princípio de que ela tem de ser pelo menos identificável como tal pelos consumidores e verdadeira"*. E continuam: *"O princípio da identificabilidade implica que a mensagem publicitária tem de ser inequivocamente assinalada, qualquer que seja o seu meio de difusão. Consequentemente, terá de ser proibida a publicidade oculta ou dissimulada (mensagens publicitárias sem que os destinatários se apercebam da sua natureza) e a publicidade subliminar (mensagens publicitárias provocadoras de percepções sensoriais no destinatário sem que este tenha consciência do facto). O princípio da veracidade implica o respeito pela verdade, sendo, por conseguinte, proibida a publicidade enganosa, isto é, a publicidade que induza ou possa induzir em erro os seus destinatários (...)"*.

Também não se vislumbra que a comunicação difundida pelo cartaz aqui em análise possa de alguma forma contrariar normas infra-constitucionais, designadamente o regime constante do Código da Publicidade (aprovado pelo decreto-lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, e subsequentes alterações), que de resto consagra as orientações constitucionais acima expressas.

Não deixa de ser relevante sublinhar que a mensagem publicitária se socorre muitas vezes de determinados mecanismos associados por exemplo ao choque ou à

própria indignação, por forma a fazer vingar, seja a venda de determinados produtos, seja a promoção de determinadas ideias. A utilização de tais métodos não contraria, por si só, qualquer princípio constitucional ou legal da nossa ordem jurídica.

5. Assim sendo, reiterando o que acima se disse a propósito da legitimidade que assiste a cada um de nós de questionar a oportunidade e a conveniência de uma acção publicitária como a que aqui se nos apresenta – a que acresce a circunstância não despidianda de ser financiada por dinheiros públicos –, fazendo-o inclusivamente através dos meios de comunicação social, como de resto já aconteceu precisamente a propósito do teor deste mesmo cartaz, a verdade é que da perspectiva do Provedor de Justiça, ou seja, do ponto de vista da justiça, constitucionalidade ou legalidade, a mesma não apresentará, pelo menos na perspectiva adiantada por V.^a Ex.^a, motivos que possam sustentar qualquer tipo de reparo.

6. Face a tudo o que acima fica exposto, entendo que não se mostra adequada a adopção, por parte deste Órgão do Estado, de qualquer medida relativa ao objecto da queixa apresentada e que originou a abertura do presente processo, pelo que informo V.^a Ex.^a que nesta mesma data determinei o respectivo arquivamento.

7. Permito-me sugerir a V.^a Ex.^a que, se ainda o não fez e se o quiser, se dirija à Fundação da Juventude e ao Ministério da Igualdade, apresentando os seus comentários, os quais, até pela visão crítica que traduzem, serão contributo decerto útil para futuras iniciativas destes organismos.

Com os melhores cumprimentos,

O Provedor de Justiça,

Henrique Nascimento Rodrigues