

PUBLICIDADE E TUTELA DO CONSUMIDOR*

Adelaide Menezes Leitão**

Sumário: I. Enquadramento constitucional e europeu; II. O Código da Publicidade; III. Regime jurídico; 1. Conceito legal de publicidade; 2. Outros conceitos; 3. Princípios jurídicos; 4. Restrições ao conteúdo da publicidade; 5. Restrições ao objecto da publicidade; 6. Formas especiais de publicidade; 7. Publicidade na televisão e teleshopping; 8. Fiscalização, sanções e legitimidade; IV. Síntese.

I Enquadramento constitucional e europeu

A publicidade encontra-se ligada a dois fenómenos: a industrialização e o surgimento dos meios de comunicação de massas. A industrialização implicou a massificação dos bens, o que exigiu do produtor estratégias de diferenciação e de procura de familiaridade dos consumidores com os produtos através de uma ligação emocional às marcas. Os meios de comunicação aparecem nesta estratégia como o suporte privilegiado, permitindo o acesso ao grande público, tendo a publicidade funcionado simultaneamente como forma de financiamento desses meios. Deste modo, acaba por se estabelecer uma relação de controlo por parte de quem gere a publicidade, muito em especial a publicidade do Estado em relação aos meios de comunicação. Por outro lado, a divulgação dos produtos nos meios de comunicação, sendo uma forma de

* O presente texto corresponde à conferência “Publicidade e Tutela do Consumidor” proferida, em 26 de Abril de 2010, no X Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento em Direito do Consumo, promovido pelo Instituto de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Os artigos sem menção expressa respeitam ao Código da Publicidade vigente.

** Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 69	maio 2011 – ago. 2011	p. 229-247
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

comunicação, faz com que a mensagem publicitária passe a incluir-se no âmbito da liberdade de expressão e da liberdade de iniciativa económica, que são matérias de enquadramento constitucional.

O art. 60.º da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe (*Direitos dos consumidores*), limita-se a elencar um conjunto de direitos e matérias ligadas à defesa dos consumidores, que respeitam à publicidade e às associações de defesa do consumidor. Por esta razão, é possível afirmar que a própria publicidade é conformada na Constituição como uma disciplina de defesa do consumidor, o que significa que se o legislador ordinário concretizasse uma disciplina publicitária que não tivesse em atenção a defesa do consumidor, a mesma seria inconstitucional.

Assim, o instituto da publicidade não pode ser visto apenas como um instituto de regulação do mercado e da concorrência, mas também de protecção do consumidor. A Lei de Defesa do Consumidor¹ prevê no seu art. 7.º/5 que informações concretas proferidas na publicidade integrem obrigatoriamente o conteúdo do clausulado dos contratos celebrados. Assim sendo, há quem defenda uma eficácia negocial das mensagens publicitárias. A nossa perspectiva assenta antes, porém, no facto de a publicidade configurar uma disciplina jurídica essencial ao mercado, que exorbita o quadro privado, designadamente o quadro contratual.² Qualquer política de concorrência exige, pois, uma regulação cuidada da publicidade, que vise a protecção dos consumidores e uma concorrência sã entre agentes económicos.

No espaço jurídico europeu, estas matérias têm sido subtraídas aos Estados-membros, na medida em que se inserem no âmbito das políticas do mercado interno e da regulação da concorrência. Efectivamente, ao longo do desenvolvimento da Comunidade Económica, e posteriormente da União Europeia, as competências legislativas em matéria de defesa do consumidor têm vindo a ser transferidas para a União Europeia. Numa primeira fase, as directrizes comunitárias limitavam-se ao estabelecimento de patamares mínimos de protecção, permitindo-se às legislações nacionais assegurar patamares mais intensos de protecção.

¹ Lei n.º 24/96, de 31 de Julho com alterações da Lei n.º 85/98, de 16 de Dezembro e do Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril.

² Neste sentido, o nosso *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, 477-478.

As principais Directrizes referiam-se à publicidade enganosa (Directriz 84/450/CEE do Conselho, de 10 de Setembro de 1984), alterada pela Directriz sobre a publicidade comparativa (Directriz 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Outubro de 1997); às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (Directriz 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993) e às garantias a ela relativas (Directriz 1999/44/CE do Parlamento e do Conselho, de 25 Maio de 1999).

Mais recentemente, o direito europeu introduziu o conceito de harmonização total, o que significa que na transposição de algumas Directrizes para o ordenamento jurídico nacional o legislador deixa de ter margem de manobra, de modo a evitar que se criem ou permaneçam discrepâncias competitivas entre os Estados membros, foi o que aconteceu na Directriz sobre práticas comerciais desleais. Neste sentido, é possível dizer que as Directrizes se podem aproximar da figura do regulamento. Refira-se que, nos últimos tempos, a harmonização total tem vindo a ser criticada, designadamente por diminuir a protecção dos consumidores e, em sua substituição, tem sido defendido um novo modelo de harmonização – *targeted harmonization* – que procura estabelecer uma harmonização por objectivos que faz depender o grau de harmonização do benefício do consumidor.³

No seguimento de um movimento de reformulação das Directrizes em vários domínios, na União Europeia esteve em discussão uma Proposta de Directriz do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos Direitos dos Consumidores que iria fundir quatro Directrizes na área do Direito

³ Segundo o discurso de Vivianne Reading, em Madrid, em 15 de Março de 2010. De forma diferente, Norbert Reich, Conferência European Consumer Protection: Theory & Practice, na Universidade de Leeds, 16 e 17 de Dezembro de 2009. Este autor apresenta uma proposta que distingue os campos em que deve existir uma harmonização total (*Vollharmonisierung*) e os campos em que deveria haver apenas uma harmonização mínima (*Mindestharmonisierung*), apelidando a sua teoria *Halbharmonisierung*. Assim, na área da publicidade defende uma harmonização total. Quanto ao conteúdo contratual defende igualmente a harmonização total. Quanto às sanções civis defende a harmonização mínima. Em matéria de cláusulas contratuais gerais defende a harmonização total das cláusulas absolutamente proibidas (*Schwarze liste*) e a harmonização mínima nas relativamente proibidas (*Graue Liste*). A argumentação usada para defender a harmonização total tem sido assente na confiança dos consumidores, o que tem sido criticado por alguns autores que salientam igualmente que o objectivo da harmonização total não é claro e pode implicar efeitos negativos nos ordenamentos jurídicos dos diferentes Estados-membros. Acresce que poderia igualmente haver uma intromissão em competências dos Estados-Membros. Por outro lado, estes autores também apontam que, não obstante a retórica da Comissão Europeia ir em sentido contrário, na verdade, o movimento da harmonização total tem sido caracterizado por algum retrocesso em matéria de direitos dos consumidores.

do Consumo: a Directriz 85/577/CEE, relativa à defesa dos consumidores nos casos de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais; a Directriz 93/13/CEE, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; a Directriz 97/7/CE, relativa à defesa dos direitos dos consumidores em matéria de contratos à distância e a Directriz 1999/44/CE, relativa a certos aspectos de bens de consumo e das garantias a eles relativas.

Nesta proposta de Directriz pretendeu regular-se essencialmente o direito de informação do consumidor e o direito de resolução, mas seriam igualmente consideradas outras questões, como a entrega dos bens, a conformidade com o contrato, os direitos dos consumidores em caso de falta de conformidade, bem como os direitos dos consumidores referentes a cláusulas contratuais gerais. Porém, as objecções a esta Proposta de Directriz foram em tal número, que, nos tempos mais próximos, terá sido abandonada esta iniciativa legislativa, processo que ocorreu igualmente, em Portugal, com o Anteprojecto do Código do Consumidor⁴. Será, pois, neste quadro mais alargado da concorrência e do consumo que a regulação do fenómeno publicitário terá de ser enquadrado nos diferentes Estados-membros.

II O Código da Publicidade

No que concerne ao Direito português, o Código da Publicidade vigente foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, alterado pelos Decretos-Leis n.º 74/93, de 10 de Março, n.º 6/95, de 17 de Janeiro, n.º 61/97, de 25 de Março, n.º 275/98, de 9 de Setembro, n.º 51/2001, de 15 de Fevereiro, n.º 332/2001, de 24 de Dezembro, n.º 224/2004, de 4 de Dezembro, n.º 57/2008, de 23 de Março, e n.º 62/2009, de 10 de Março e pelas Leis n.º 31-A/98, de 14 de Junho, n.º 32/2003, de 22 de Agosto, e n.º 37/2007, de 14 de Agosto. Estamos, assim, perante um diploma que sofreu pelo menos 12 alterações legislativas.

A sistemática do Código é a seguinte:

- Capítulo I – Disposições gerais
- Capítulo II – Regime geral da publicidade
- Secção I – Princípios gerais

⁴ Cfr. o nosso *A Publicidade no Anteprojecto do Código do Consumidor*, Estudos do Instituto do Direito do Consumo, vol. III (coord. Luís Menezes Leitão), Almedina, Coimbra, 2006, 135-146.



- Secção II – Restrições ao conteúdo da publicidade
- Secção III – Restrições ao objecto da publicidade
- Secção IV – Formas especiais de publicidade
- Capítulo III – Publicidade na televisão e televenda
- Capítulo IV – Actividade publicitária
- Secção I – Publicidade do Estado
- Secção II – Relação entre os sujeitos da actividade publicitária
- Capítulo V – Conselho Consultivo da Actividade Publicitária
- Capítulo VI – Fiscalização e Sanções

O Código apresenta um conjunto de conceitos legais com o propósito de definir o seu âmbito de aplicação. Refira-se que actualmente a disciplina jurídica publicitária não se limita ao Código da Publicidade, sendo fundamental contar com diplomas avulsos, dos quais se salienta o Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo a práticas comerciais desleais, bem como uma série de outros diplomas em áreas como os serviços de audiotexto,⁵ o comércio electrónico,⁶ a Lei da Rádio,⁷ a Lei da Televisão,⁸ e as práticas comerciais das instituições de crédito.⁹ Há ainda um conjunto de diplomas que surgiram no horizonte da crise financeira, iniciada em 2007, que vieram reforçar os direitos dos consumidores em domínios específicos. É o caso do Decreto-Lei n.º 192/2009, de 17 de Agosto, relativo ao crédito à habitação, do Decreto-lei n.º 221/2009, de 11 de Setembro, relativo aos seguros de vida e ao crédito à habitação e, ainda, do Aviso do Banco de Portugal n.º 10/2008, de 4 de Dezembro, relativo a deveres de informação e de transparência. Este pacote legislativo evidencia o aparecimento no Direito da Crise de uma área de reforço dos direitos dos consumidores utilizando-se a defesa destes como forma de implementar uma maior regulação da actividade bancária e financeira.

III Regime jurídico

1 Conceito legal de publicidade

No artigo 1.º do Código da Publicidade (CPub) estabelece-se que este se aplica a qualquer forma de publicidade, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão. Por sua vez, o artigo 3.º apresenta um conceito legal de publicidade.

⁵ Decreto-Lei n.º 63/2009, de 10 de Março.

⁶ Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março.

⁷ Lei n.º 4/2001, de 23 de Fevereiro.

⁸ Lei n.º 32/2003, de 22 de Agosto.

⁹ Decreto-Lei n.º 51/2007, de 7 de Março.



Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do CPub considera-se “*publicidade, para efeitos do presente diploma, qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objectivo directo ou indirecto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; e promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições*”. A publicidade caracteriza-se, assim, por quatro vertentes: 1) configura uma forma de comunicação; 2) realizada por entidades privadas ou públicas; 3) no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e 4) com o objectivo de promover bens, serviços, ideias, princípios, iniciativas e instituições.

Nestes termos, na noção legal da publicidade que se encontra no Código da Publicidade não releva o suporte material de difusão da mensagem, abrangendo quer a publicidade de comunicação de massas, que se realiza essencialmente nos meios de comunicação social, quer a publicidade directa, que se realiza preferencialmente na comunicação entre anunciante e adquirente. A publicidade refere-se ao conteúdo da mensagem e não à sua forma, pelo que abrange todos os métodos de comunicação escritos, orais ou inclusivamente simbólicos.¹⁰ O critério de distinção entre publicidade e informação é de âmbito e teleológico, assentando numa delimitação da actividade em que a comunicação é feita e no objectivo promocional. Ora, as fronteiras desta distinção são fluidas, e cada vez mais, pelo que há uma vocação de aplicabilidade da legislação publicitária a todas as formas de comunicação.

A questão fundamental que se impõe em relação à regulação publicitária centra-se no seu âmbito de aplicação. A delimitação do que seja uma comunicação promocional pode ser mais ou menos abrangente, consoante o meio de comunicação que serve de suporte à divulgação da mensagem publicitária. No contexto de uma sociedade do consumo, constata-se uma evolução no sentido de uma aproximação entre informação e publicidade. Recentemente Gilles Lipovetsky apelidou a nossa sociedade de “sociedade do hiperconsumo”. A questão que se coloca é a de saber se existe comunicação

¹⁰ Ferreira de Almeida, *Conceito de Publicidade*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça n.º 349, 1985, 115 e ss o nosso *A Concorrência desleal e o direito da publicidade – um estudo sobre o ilícito publicitário*, Concorrência Desleal, Almedina, Coimbra, 1997, 146.

no contexto público que não tenha objectivo promocional, numa sociedade em que o motor da economia é o consumo, porquanto, mesmo a informação sujeita a critérios jornalísticos apertados, é também ela uma promoção comunicacional do produto de informação. Por outro lado, questiona-se se serviços tradicionalmente excluídos da área económica e comercial, por se caracterizarem por um perfil mais deontológico, nos quais se incluem as profissões liberais, se não se mercantilizaram ao ponto de liberalizarem o fenómeno publicitário. Também as actividades criativas e artísticas se comercializaram, surgindo agora sob a designação das indústrias criativas, pelo que incorporam cada vez mais aspectos de comunicação promocional. A área política comporta igualmente aspectos publicitários, o que tem levado à equiparação da propaganda à publicidade. A respeito desta aproximação, é elucidativo que o próprio legislador tenha afastado a propaganda política do âmbito do Código da publicidade (art.º 3.º/3), ainda que no artigo 3.º/2/b) admita que abrange mensagens promocionais de ideias, princípios, iniciativas e instituições.

Segundo um Parecer da Procuradoria-Geral da República “a publicidade apesar de se integrar no conceito de comunicação demarquesse da comunicação de massa por se reportar unicamente à actividade económica e ser caracterizada pelo método divulgativo-retórico, imperativo e exortativo”.¹¹ Em nosso entender, esta delimitação não é juridicamente operativa, na medida em que será sempre difícil delimitar actividade económica numa sociedade de hiper-consumo em que a maioria dos bens e serviços têm potencial de consumo. Por outro lado, as técnicas que subjazem à mensagem publicitária podem ser as mais variadas possíveis e nem sempre uma linguagem mais persuasiva será a mais eficaz para o fim pretendido, dado que métodos mais subtis, por vezes ao nível da simples informação, chegam igualmente ao destinatário. A mensagem publicitária pode ser uma imagem da marca, a apresentação do produto, a forma do produto, a rotulagem, uma cor, a localização de uma loja. Isto significa que a publicidade não se reduz ao conceito legal e irrompe de um qualquer espartilho conceptual em que a pretendam encerrar, pelo que há uma vocação ampla de aplicação desta disciplina à comunicação humana finalisticamente orientada para o comércio de bens e serviços.

¹¹ Parecer da PGR, proc. N.º 30/91, publicado no Diário da República, II série, de 17/10/1991.

2 Outros conceitos

O Código da Publicidade apresenta outros conceitos, tais como: actividade publicitária (art.º 4); anunciante, profissional/agência de publicidade, suporte publicitário e destinatário (art. 5.º). O anunciante é apresentado como a pessoa singular ou colectiva no interesse de quem é feita a publicidade. O profissional ou agência de publicidade é a pessoa singular que exerce a actividade publicitária ou a pessoa colectiva que tenha por objecto exclusivo a actividade publicitária. O suporte publicitário é o veículo utilizado para a transmissão da mensagem publicitária. Por fim, o destinatário é a pessoa singular ou colectiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida. A utilidade da apresentação destes conceitos é duvidosa, na medida em que não servem para delimitar o âmbito de aplicação do Código.

Com efeito, na diversidade da realidade e das constelações de casos a que cumpre dar resposta, os destinatários podem ser veículos de publicidade, os anunciantes funcionar como agências publicitárias, e estas, por sua vez, podem também ser anunciantes. Os papéis são constantemente alteráveis. Por outro lado, foi adoptada uma má técnica legislativa, que se traduz, por exemplo, na afirmação de que as publicações periódicas editadas pelos órgãos das autarquias locais não podem funcionar como suporte publicitário. Na verdade, as referidas publicações podem funcionar como suporte publicitário, como, aliás, toda a imprensa. Aquilo que o legislador deve ter pretendido é que não haja publicidade nestas publicações, porventura como forma de apoio à imprensa regional, mas para isso deveria ter criado uma norma proibitiva, e não excluir erradamente um suporte publicitário.

3 Princípios jurídicos da publicidade

A publicidade rege-se pelos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor (art. 6.º do CPub). Todos estes princípios são fundamentais à defesa do consumidor e têm conteúdo material próprio. O princípio da licitude (artigo 7.º) impõe a proibição de toda a publicidade que viole a Constituição ou a lei, designadamente a publicidade que pela sua forma, objecto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições



fundamentais constitucionalmente consagrados. Considera-se violadora do princípio da licitude a publicidade que se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas; estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer actividade ilegal ou criminosa; atente contra a dignidade da pessoa humana; contenha qualquer discriminação com base na raça ou no sexo; utilize, sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa; utilize linguagem obscena; encoraje comportamentos prejudiciais à protecção do ambiente; e tenha como objectivo ideias de conteúdo sindical, político ou religioso. Os valores que se protegem nesta disposição ultrapassam a defesa do consumo e do consumidor. Com efeito, estamos perante uma disposição com vários domínios de protecção, entre os quais se salientam a protecção de valores constitucionais e de direitos de personalidade, funcionando como uma cláusula de bons costumes, que deve condicionar a liberdade de expressão comercial, em obediência a outros valores constitucionais.

Já a referência do n.º 3 do artigo 7, que determina que só é permitida a utilização de idiomas de outros países na mensagem publicitária quando esta tenha os estrangeiros por destinatários exclusivos ou principais, configura uma disposição de protecção do consumidor, uma vez que contribui para uma melhor informação dos cidadãos nacionais, mas também da língua nacional. Esta disposição é, no entanto, facilmente contornada pelo n.º 4 o artigo 7.º, que admite excepcionalmente a utilização de palavras ou expressões em língua de outros países quando necessárias à obtenção do efeito visado na concepção da mensagem publicitária. Face a um mercado globalizado, consideramos que a utilização de língua estrangeira na publicidade não deverá ser muito limitada.¹²

O princípio da identificabilidade impõe que a publicidade tenha de ser inequivocamente reconhecida como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado (art. 8.º/1). Esta regra é também essencial para a defesa do consumidor, para que não passe por informação objectiva aquilo que na verdade é publicidade. Nestes termos, 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 (art. 8.º/2). No contexto do princípio da identificabilidade, o artigo 9.º proíbe a

¹² Neste sentido, o nosso *A Publicidade no Anteprojecto do Código do Consumidor*, 143.



publicidade oculta ou dissimulada, proibida igualmente pelo artigo 60.º, n.º 2 da CRP. É igualmente vedado o uso de imagens subliminares ou de outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmissão sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem (art. 9.º/1). Na transmissão televisiva ou fotográfica de quaisquer acontecimentos ou situações, reais ou simulados, é proibida a focagem directa e exclusiva da publicidade aí existente (art.º 9.º/2). Considera-se publicidade subliminar a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência (art.º 9.º/3). Este é um dos princípios que consideramos ser constantemente violado na publicidade difundida nos meios de comunicação de massas. Com efeito, há significativa informação apresentada enquanto tal que, no rigor dos conceitos, deveria ser tida como publicidade dado dar origem a uma prestação financeira pela sua inclusão na imprensa escrita ou toda aquela que surge incluída nos próprios programas televisivos a partir dos respectivos formatos. O Anteprojecto do Código do Consumidor continha uma proposta de regulação do *product placement*, mas, com o seu abandono, justifica-se que o legislador se ocupe destes fenómenos mais sinuosos de publicidade.

O princípio da veracidade determina que a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos (art. 10.º/1). As afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes (art. 10.º/2). Decorrente do princípio da veracidade resultava a proibição de publicidade enganosa (artigo 11.º/1), constante na versão anterior do Código da Publicidade, que proibia toda a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, e devido ao seu carácter enganador, induzisse ou fosse susceptível de induzir em erro os seus destinatários ou que pudesse prejudicar um concorrente. É patente nesta disposição uma protecção do consumidor para além da protecção que é concedida neste domínio aos concorrentes.

Naquela versão, para se determinar se uma mensagem era enganosa deviam ter-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que dissessem respeito às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, o seu



modo e data de fabrico ou de prestação, a sua adequação, utilizações, quantidade, especificações, origem geográfica ou comercial, e os resultados e características essenciais dos testes ou controlos efectuados sobre eles. Deveriam igualmente ser considerados o preço e o seu modo de fixação e de pagamento, bem como as condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços, a natureza, as características e os direitos do anunciante, como, por exemplo, a sua identidade, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios ou distinções que recebeu. O mesmo deveria ocorrer quanto aos direitos e deveres do destinatário, bem como aos termos de prestação de garantias. A Direcção-Geral do Consumidor, como entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação, deveria exigir que o anunciante apresentasse provas da exactidão material dos dados de factos contidos na publicidade. Os dados fornecidos presumiam-se inexactos se as provas exigidas não fossem apresentadas ou fossem insuficientes.

O artigo 11.º do Código da Publicidade, a que acabámos de nos referir, foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, em cujo artigo 23.º é dada a seguinte nova redacção do artigo 11.º:

Artigo 11.º

Publicidade enganosa

1 — É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto – Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores.

2 — No caso previsto no número anterior, pode a entidade competente para a instrução dos respectivos processos de contra-ordenação exigir que o anunciante apresente provas da exactidão material dos dados de facto contidos na publicidade.

3 — Os dados referidos no número anterior presumem-se inexactos se as provas exigidas não forem apresentadas ou forem insuficientes.

Assim sendo, actualmente, coloca-se a necessidade de articular a publicidade enganosa com as práticas comerciais desleais, o que levanta inúmeros problemas práticos. Por outro lado, o artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 57/2008 veio considerar que o artigo 11.º do CPub só é relevante para efeitos da publicidade que não tenha como destinatários os consumidores.¹³ Deste modo, o seu âmbito é agora muito reduzido.

¹³ Cfr. os nossos *Direito da Publicidade e Concorrência Desleal – Um estudo sobre as práticas comerciais desleais*, Direito Industrial, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2005, 267-284 e *Práticas*



Por fim, o princípio do respeito pelos direitos do consumidor implica que a publicidade não deve atentar contra os direitos deste. Os direitos dos consumidores encontram-se regulados na Constituição (artigo 60.º) e na Lei de defesa do consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho). Entre outros direitos, de salientar o direito à saúde e segurança do consumidor (artigo 13.º), que proíbe a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à sua saúde e segurança, nomeadamente por deficiente informação acerca da perigosidade do produto ou da especial susceptibilidade de verificação de acidentes em resultado da utilização que lhe é própria. Acresce que a publicidade não deve comportar qualquer apresentação visual ou descrição de situações onde a segurança não seja respeitada, salvo justificação de ordem pedagógica. Estas proibições devem ser especialmente acauteladas no caso da publicidade dirigida a crianças, adolescentes, idosos ou deficientes, surgindo, neste contexto, a figura dos consumidores vulneráveis que necessitam de uma protecção acrescida.

4 Restrições ao conteúdo da publicidade

Outro núcleo de disposições que visa a protecção dos consumidores assenta nas restrições ao conteúdo da publicidade. Há restrições essencialmente em matéria de publicidade dirigida a menores (artigo 14.º), de publicidade testemunhal (artigo 15.º) e de publicidade comparativa (artigo 16.º).

A publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se, nomeadamente: de incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço; de incitar directamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão; de conter elementos susceptíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, em particular através do incitamento à violência; e de explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores. Os menores só podem ser

Comerciais Desleais como impedimento à outorga de Direitos Industriais?, Direito Industrial, vol. VII, Almedina, Coimbra, 2010, 265-283, igualmente publicado nos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, 549-567.



intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação directa entre eles e o produto ou serviço veiculado.

A publicidade testemunhal deve integrar depoimentos personalizados, genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente ou de quem ele represente, sendo admitido o depoimento despersonalizado, desde que não seja atribuído a uma testemunha especialmente qualificada, designadamente em razão do uso de uniformes, fardas ou vestimentas características de determinada profissão.

Por fim, surgem ainda restrições em matéria de publicidade comparativa. É comparativa a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente. A publicidade comparativa, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, só é consentida se respeitar as seguintes condições: não for enganosa, compare bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objectivos; compare objectivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço; não gere confusão no mercado entre o *anunciante* e um *concorrente* ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante ou de um concorrente; não desacredite ou deprecie marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, actividades ou situação de um concorrente; refira, em todos os casos de produtos com denominação de origem, produtos com a mesma denominação; não retire partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes; e não apresente um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.

O Decreto-Lei n.º 57/2008 veio alterar a alínea d) do artigo 16.º do Código da Publicidade que passa agora a ter a seguinte redacção: Não gere confusão no mercado entre os *profissionais*, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente

O conceito de publicidade comparativa comporta dois elementos essenciais para a sua caracterização: a referência a outras prestações e o estabelecimento de uma comparação ou confronto destas com as próprias



prestações. A referência a outros produtos ou serviços pode ser explícita ou implícita. É explícita quando num anúncio há uma menção expressa à marca ou ao nome do concorrente ou quando surge uma imagem do produto ou uma imagem do estabelecimento. É implícita quando não existe qualquer menção. As referências implícitas também são relevantes, se forem inequívocas. Há uma referência inequívoca quando uma parte significativa do público destinatário da mensagem pode deduzir com segurança, em função das circunstâncias, a que concorrente ou concorrentes é que se está a fazer referência na mensagem publicitária.¹⁴

O artigo 24.º vem aditar ao Código da Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, os artigos 42.º e 43.º, com a seguinte redacção:

Artigo 42.º

Legitimidade de profissionais e concorrentes

Qualquer profissional ou concorrente com interesse legítimo em lutar contra a publicidade enganosa e garantir o cumprimento das disposições em matéria de publicidade comparativa pode suscitar a intervenção da Direcção-Geral do Consumidor para efeitos do disposto no artigo anterior.

Artigo 43.º

Comunicação dirigida exclusivamente a profissionais

O disposto nos artigos 10.º, 11.º e 16.º do presente Código aplica-se apenas à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores.

Ora, no artigo 42.º do Código da Publicidade prevê-se que os profissionais ou concorrentes suscitem a intervenção da Direcção-Geral do Consumidor. Por outro lado, como já referido anteriormente actualmente o princípio da veracidade, a proibição de publicidade enganosa e de publicidade comparativa ilícita, tal como se encontram reguladas nos artigos 10.º, 11.º e 16.º aplicam-se exclusivamente a publicidade que não seja dirigida a consumidores. A publicidade cujos destinatários sejam os consumidores está sujeita ao diploma que regula as práticas comerciais desleais.

¹⁴ Cfr. para outros desenvolvimentos o nosso *Publicidade Comparativa e Concorrência Desleal*, Direito Industrial, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2005, 237-265.

5 Restrições ao objecto da publicidade

Também as restrições ao objecto da publicidade configuram formas de protecção do consumidor, designadamente no que respeita à sua saúde e segurança. Neste campo inclui-se a proibição de publicitar bebidas alcoólicas (art. 17.º), tabaco (art. 18.º entretanto revogado pela Lei n.º 27/2007, de 14 de Agosto), tratamentos e medicamentos (art. 19.º), publicidade em estabelecimentos de ensino ou destinada a menores (art. 20.º), jogos de fortuna e azar (art. 21.º), cursos (22.º), determinadas menções a veículos automóveis (22.º-A) e produtos milagrosos (22.º-B).

É proibida a publicidade a tratamentos médicos e a medicamentos que apenas possam ser obtidos mediante receita médica, com excepção da publicidade incluída em publicações técnicas destinadas a médicos e outros profissionais de saúde.

6 Formas Especiais de Publicidade

O Código da Publicidade regula ainda certas formas especiais de publicidade, como a publicidade domiciliária (art. 23.º) e o patrocínio (art. 24.º).

Assim, no que concerne à primeira, estabelece que a publicidade entregue no domicílio do destinatário, por correspondência ou qualquer outro meio, deve conter, de forma clara e precisa o nome, domicílio e os demais elementos suficientes para a identificação do anunciante; a descrição rigorosa e fiel do bem ou serviço publicitado, o seu preço, forma de pagamento, condições de aquisição e de assistência após venda e de garantia. O destinatário da publicidade abrangida pelo disposto nos números anteriores não é obrigado a adquirir, guardar ou devolver quaisquer bens ou amostras que lhe tenham sido enviados ou entregues à revelia de solicitação sua.

No que concerne ao segundo, o patrocínio encontra-se regulado no artigo 24.º do CPub quer como modalidade de contrato publicitário, quer como resultado, pelo que se insere no conceito de publicidade que se encontra no artigo 3.º do CPub. Com efeito, configura uma forma de publicidade indirecta, porque o evento ou o programa patrocinados contribuem para uma divulgação difusa da marca ou da imagem que se pretende chegar aos consumidores. Trata-se, por isso, sempre de um elemento a considerar na estratégia comercial global do patrocinador. Torna-se, assim, essencial a sua regulação no Código da Publicidade.

Ora, é neste contexto que o patrocínio, como técnica publicitária, deve ser enquadrado, porquanto permite o financiamento de programas, pelo que há que, com o maior rigor, diferenciar o que é informação e o que é publicidade de modo a que não surja qualquer indefinição que possa induzir em erro os consumidores. O legislador refere no n.º 3 do artigo 24.º do CPub que os telejornais e os programas televisivos de informação política não podem ser patrocinados. Acrescenta-se no n.º 4 do artigo 24.º que os programas patrocinados devem ser claramente identificados como tal pela indicação do nome ou logótipo do patrocinador no início e ou, no final do programa, sem prejuízo de tal indicação poder ser feita, cumulativamente, noutros momentos, de acordo com o regime previsto para a inserção de publicidade na televisão.

O conteúdo e a programação de uma emissão patrocinada não podem, em caso algum, ser influenciados pelo patrocinador, de forma a afectar a responsabilidade e a independência editorial do emissor (art. 24.º/5 do CPub). Os programas patrocinados não podem incitar à compra ou locação dos bens ou serviços do patrocinador ou de terceiros, especialmente através de referências promocionais específicas a tais bens ou serviços (art. 24.º/6 do CPub).

7 Publicidade na televisão e tevenda

Os artigos 25.º e 26.º do Código da Publicidade vêm estabelecer uma série de condicionamentos à publicidade na televisão e à tevenda com o objectivo de limitar o tempo que o telespectador está sujeito a publicidade, de separar a informação da publicidade e, no caso da tevenda, de recusar a medicamentos ou tratamentos, bem como relativamente a produtos para menores.

8 Fiscalização, sanções e legitimidade

A fiscalização dos ilícitos contra-ordenacionais é da competência da Direcção-Geral do Consumidor (art. 37.º) que tem a competência de instrução dos processos (art. 38.º). Podem ser aplicadas coimas, bem como sanções acessórias a todos os ilícitos publicitários previstos no Código (arts. 34.º e 35.º). A aplicação das sanções é da competência da Comissão de Aplicação

de Coimas em Matéria Económica e Publicidade (art. 39.º). Prevêem-se medidas cautelares para os ilícitos mais graves, como a publicidade enganosa, comparativa ilícita ou que atente contra direitos dos consumidores, medidas que passam pela suspensão, cessação ou proibição desta publicidade (art. 41.º). Actualmente, como já referido anteriormente os profissionais e concorrentes com interesse legítimo podem suscitar a intervenção da Direcção-Geral do Consumidor para aplicar medidas cautelares. (art 42.º aditado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008) .

Finalmente, de referir a matéria da responsabilidade civil (artigo 30.º). De acordo com este artigo:

Artigo 30.º

Responsabilidade Civil

1 – Os anunciantes, as agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a actividade publicitária, bem como os titulares dos suportes publicitários utilizados ou os respectivos concessionários, respondem civil e solidariamente, nos termos gerais, pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas.

2 – Os anunciantes eximir-se-ão da responsabilidade prevista no número anterior caso provem não ter tido conhecimento da mensagem publicitária veiculada.

A este respeito é importante tomar em consideração que os ilícitos publicitários se constroem sobre os princípios da publicidade (licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor), pelo que apontam para uma dimensão geral de protecção de valores supra-individuais ou de interesses colectivos dos consumidores. O artigo 30.º do Código da Publicidade vigente estabelece a responsabilidade civil de todos os que participam na actividade publicitária que violarem as regras em vigor em matéria de publicidade e causarem danos. O n.º 2 da mesma disposição exonera porém dessa responsabilidade o anunciante que não tenha tido conhecimento das mensagens publicitárias. A responsabilidade civil por mensagens publicitárias extravasa o quadro contratual, ainda que se aceite que certos casos podem ser resolvidos nos termos gerais da responsabilidade pré-contratual ou da responsabilidade do produtor.¹⁵ Trata-se de uma solução pontual, que não deve afastar a ideia de que o quadro delitual mais apropriado para enquadrar a responsabilidade pelo ilícito publicitário se localiza no contexto das normas de protecção.¹⁶

¹⁵ Sobre este debate, o nosso *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, 477-485.

¹⁶ Rui Moreira Chaves, *Regime Jurídico da Publicidade*, Almedina Coimbra, 2005, pp. 340-341, configurando o artigo 30.º do CPub como responsabilidade extracontratual (ilícito do anunciante)

É igualmente importante ter em consideração que, no domínio da área do consumo, estamos, por vezes, em presença de interesses colectivos, pelo que os ilícitos publicitários podem atingir um número significativo de consumidores causando-lhe danos, pelo que cumpre averiguar as acções popular e colectiva. A acção popular no direito português difere das class actions no direito norte-americano, porquanto a sua legitimidade não se limita a um membro ou vários membros de uma classe poderem instaurar uma acção que produzirá efeitos em relação a todos, mas surge também prevista relativamente a associações de defesa do consumidor. Com efeito, não são usuais acções populares instauradas por cidadãos individuais, tendo este meio processual sido utilizado sobretudo pelas associações de defesa do consumidor. Na verdade, a acções populares não configuram um meio processual, mas um problema de legitimidade. A maioria destas acções é instaurada por associações de defesa do consumidor e tendem a ser substituídas pelas acções inibitórias sobretudo nas áreas das cláusulas contratuais inválidas. Porém, estas acções inibitórias uma vez que instauradas por associações de defesas de consumidor são acções populares inibitórias.¹⁷

O quadro legislativo da acção popular encontra-se previsto na Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, na qual a protecção do consumo de bens e serviços é um dos interesses protegidos (art. 1.º/2), sendo titulares do direito de acção popular os cidadãos individuais e as associações e fundações defensoras do consumo de bens e serviços (art. 2.º/1), estando a legitimidade activa das associações e fundações dependente de personalidade jurídica, de que conste nos seus estatutos a defesa do interesse assinalado e não exercerem concorrência com empresas ou profissionais liberais (art. 3.º/1). O art. 12.º/2 da Lei antes referida dispõe que a acção popular pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil. Abrangem-se, assim, acções declarativas e executivas, bem como as providências cautelares.¹⁸ Nas acções declarativas devemos distinguir as constitutivas, de simples apreciação e condenatórias. Dentro destas últimas sublinham-se com especial interesse no

perante terceiros), mas sem apresentar a situação básica delitual em que o ilícito publicitário assentaria.

¹⁷ Neste sentido, Miguel Teixeira de Sousa, *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos no Direito Português*, Estudos de Direito do Consumidor, n.º 6, 2004, 291.

¹⁸ De forma semelhante, Miguel Teixeira de Sousa, *A Tutela Jurisdicional*, 294.

campo do direito do consumo as acções inibitórias expressamente reguladas no artigo 10.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho e na Lei n.º 25/2004, de 8 de Julho.

VI Síntese

Na publicidade a tutela do consumidor passa por vários níveis distintos de protecção:

1. A construção de ilícitos contra-ordenacionais que têm uma dimensão preventiva e punitiva de certos comportamentos previstos na legislação sobre publicidade.
2. O direito civil clássico, no quadro da disciplina da formação do contrato e do instituto da responsabilidade civil.
3. O direito do consumo moderno, cujos meios de reacção estão previstos genericamente na Lei de Defesa do Consumidor e que são formas de protecção acrescida que o Direito Civil não alcançava.
4. A ilicitude civil e contra-ordenacional pode dar origem a acções inibitórias ou medidas cautelares.
5. Os consumidores podem ainda reagir através de acções cíveis de responsabilidade civil e outras, quer sejam individuais, quer colectivas, contra mensagens publicitárias ilícitas no quadro da Lei de Defesa do Consumidor e da Lei da Acção Popular.

