

Liberdade de expressão na atividade económica

Ana Clara Azevedo de Amorim

Professora Auxiliar da Universidade Portucalense

1. Introdução
2. Liberdade de expressão e comunicação comercial
 - 2.1. Papel da informação na racionalidade das decisões económicas
 - 2.2. Evolução para a dimensão emocional e simbólica da publicidade
3. Restrições relativas ao objeto e ao suporte das mensagens
 - 3.1. Fundamentos
 - 3.2. Autorização prévia
4. Restrições relativas ao conteúdo das mensagens
 - 4.1. Proteção dos agentes económicos
 - 4.1.1. Contra atos de concorrência desleal
 - 4.1.2. Contra a divulgação de informações confidenciais
 - 4.2. Proteção dos consumidores
 - 4.2.1. Publicidade enganosa
 - 4.2.2. Publicidade comparativa
 - 4.2.3. Especial vulnerabilidade dos menores
 - 4.3. Proteção de interesses gerais

5. Considerações finais

Bibliografia

Jurisprudência TEDH

Legislação portuguesa

1. Introdução

A partir da segunda metade do século XX, a necessidade de escoamento dos bens fabricados obrigou os profissionais a implementar estratégias de persuasão não só na imprensa e no exterior mas também progressivamente na rádio, na televisão e no cinema. Estas estratégias assentam no recurso à liberdade de expressão na atividade económica, de acordo com o disposto no artigo 10.º n.º 1 da CEDH. A publicidade passa então a veicular uma promessa relativa ao produto ou serviço, conduzindo à generalização do consumo de massas, numa época histórica em que a preocupação dos agentes económicos deixava de se centrar nos fatores de produção, dominante no período subsequente à Revolução Industrial, e começava a dirigir-se para a comunicação comercial. Face ao aumento da concorrência e à semelhança funcional das várias ofertas disponíveis, a promoção dos produtos e serviços assume hoje um papel determinante no processo de comercialização. Neste sentido, a liberdade de expressão representa igualmente uma garantia do mercado concorrencial.

Entendida em sentido amplo, a publicidade constitui o principal instrumento de resposta dos agentes económicos à evolução das próprias relações de mercado, abrangendo designadamente as mensagens apresentadas nas embalagens e a identificação exterior do estabelecimento comercial. Acresce que o recente desenvolvimento da Internet como instrumento da liberdade de expressão teve um impacto relevante ao nível da comunicação comercial, potenciando o surgimento de estratégias alternativas de promoção dos produtos e serviços, sem as limitações territoriais e temporais que caracterizavam o comércio tradicional.

A regulação da comunicação comercial integra um conjunto de restrições ao exercício da liberdade de expressão dos agentes económicos, que nos termos do artigo 10.º n.º 2 da CEDH devem estar previstas na lei e ser necessárias numa sociedade democrática para acautelar fins legítimos, entre os quais se encontram especialmente “a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem”, mas também o impedimento à divulgação de informações confidenciais no contexto da atividade económica. No ordenamento jurídico português, estas restrições constam sobretudo da disciplina da Concorrência Desleal e dos segredos comerciais, previstos no Código da Propriedade Industrial (CPI), bem como do Código da Publicidade (CPub) e do regime jurídico das Práticas Comerciais Desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março (DL PCD).

Assim, importa abordar a relação entre liberdade de expressão e comunicação comercial numa perspetiva evolutiva e as restrições resultantes da legislação portuguesa relativas às mensagens emitidas no contexto da atividade económica.

2. Liberdade de expressão e comunicação comercial

2.1. Papel da informação na racionalidade das decisões económicas

No ordenamento jurídico norte-americano, a comunicação comercial começou por merecer, de acordo com a *Commercial Speech Doctrine*, um tratamento diferenciado face ao discurso político e ideológico, dado que visava exclusivamente interesses privados dos anunciantes. Apenas a partir do caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, 24 de maio de 1976, o Supremo Tribunal começou a assumir uma posição favorável à publicidade, atendendo aos benefícios da informação para a racionalidade das decisões económicas dos consumidores, para a diminuição dos preços dos produtos e serviços, bem como para a eliminação de barreiras à entrada num determinado mercado. Posteriormente, no caso *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission*, 20 de junho de 1980, viria a afirmar que as restrições à liberdade de expressão devem fundar-se na existência de um interesse público substancial e respeitar o princípio da proporcionalidade. O carácter vago da distinção face a outros tipos de mensagens e o recurso aos mesmos suportes contribuíram para determinar a progressiva aceitação da proteção constitucional da comunicação comercial, que se manifestou especialmente a partir do caso *44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island*, 13 de maio de 1996, relativo ao sector das bebidas alcoólicas. A jurisprudência norte-americana passou então a adotar um parâmetro de apreciação da constitucionalidade semelhante ao que vigora para as mensagens de conteúdo político e ideológico, o que se justifica sobretudo quando está em causa a proteção dos consumidores.

O problema suscitou-se também face ao artigo 10.º da CEDH. No caso *Barthold c. Alemanha*, n.º 8734/79, 25 de março de 1985, o TEDH reconheceu a aplicabilidade da liberdade de expressão à comunicação comercial com fundamento no facto de se tratar de matéria de interesse geral, uma vez que estava em causa a necessidade de um serviço veterinário noturno numa determinada região. No entanto, a proteção da comunicação comercial viria a ser afirmada apenas no caso *Casado Coca c. Espanha*, n.º 15450/89, 24 de fevereiro de 1994, relativo à proibição da publicidade realizada no exercício da advocacia vigente no ordenamento jurídico espanhol. O TEDH entendeu que a liberdade de expressão se encontra igualmente dirigida à satisfação de interesses privados,

contrariando a jurisprudência espanhola, que restringia a proteção constitucional de acordo com um critério teleológico, em matérias como a religião, as ideias, a política, a arte e a ciência. Esta posição tinha entretanto sido amplamente criticada pela doutrina, atento o seu carácter reducionista (MASSAGUER FUENTES, 1999, p. 292).

Ao afirmar a aplicabilidade da liberdade de expressão ao discurso publicitário com fundamento no papel da informação para os consumidores e para o mercado, a jurisprudência norte-americana e o TEDH encaram a comunicação comercial como fator determinante da racionalidade das decisões económicas. Na verdade, até aos anos 90 do século XX os consumidores tinham um acesso limitado à informação relativa aos produtos e serviços, ficando dependentes dos conteúdos transmitidos pelos anunciantes nos meios de comunicação de massas. Esta situação apenas se viria a inverter quando as novas tecnologias conduziram a um acesso generalizado à informação. Desta forma, o fundamento para a aplicabilidade da liberdade de expressão à publicidade coincide com o modelo de comportamento económico desenvolvido pelas teorias neoclássicas, que postula a necessidade de assegurar que as transações comerciais sejam realizadas em função da maior utilidade e do menor custo. Neste sentido, é especialmente relevante a informação relativa à qualidade e ao preço dos produtos, que constituíam os elementos distintivos da oferta nas relações de mercado após a Revolução Industrial. A proteção da comunicação comercial assentaria na liberdade de “transmitir” informações consagrada no artigo 10.º n.º 1 da CEDH. Acresce que a norma abrange também o direito do público a “receber” informações, como reconheceu o TEDH no caso *Autronic AG c. Suíça*, n.º 12726/87, 22 de maio de 1990, relativo à difusão de televisão por satélite.

No ordenamento jurídico português, a Procuradoria-Geral da República concluiu no parecer n.º 88/87 que “a mistura de publicidade com mensagens culturais, sociais ou económicas, com opiniões e informações de outra natureza, além de diminuir as defesas do cidadão, provoca uma desvalorização das mensagens e do debate de ideias, sendo, por isso, suscetível de se projetar negativamente ao exercício da liberdade de expressão”. Posteriormente, no parecer n.º 179/92, viria a reiterar que a proteção concedida à expressão do pensamento não se estende à publicidade, dado que “as empresas têm um dever de informação, mas fora de sectores de atividade muito limitados, não podem invocar a liberdade de expressão e informação para se arrogarem o direito de fazer publicidade”.

No acórdão n.º 258/2006, 18 de abril de 2006, o Tribunal Constitucional afirmou que apesar de as mensagens políticas e ideológicas integrarem o âmbito natural de

aplicação do artigo 37.º da CRP, no contexto de uma sociedade democrática, a liberdade de expressão e informação estende-se também às manifestações artísticas ou culturais, bem como ao sistema económico. No entanto, esta posição parece continuar a justificar-se pelo direito dos consumidores à informação enquanto garantia da racionalidade das suas decisões económicas, como tinha reconhecido o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 348/2003, 8 de julho de 2003. Neste sentido, perde relevância a distinção entre o mercado das ideias e o mercado dos produtos e serviços, que determinava a recusa da proteção constitucional dos anunciantes. Enquanto forma de comunicação destinada a promover produtos ou serviços, a mensagem publicitária constitui uma exteriorização do pensamento com finalidade comercial (SCHRICKER, 1990, p. 12).

O papel da informação na racionalidade das decisões económicas manifesta-se designadamente na centralidade da proibição da centralidade enganosa, mas também na obrigatoriedade de utilização da língua portuguesa na publicidade prevista no artigo 7.º n.º 3 do CPub. Esta obrigatoriedade começou por resultar da abertura do mercado português a produtos e serviços estrangeiros. No entanto, a admissibilidade de exceções, assente no progressivo reconhecimento da dimensão sugestiva dos anúncios, foi consagrada pelo DL n.º 275/98, de 9 de setembro, que introduziu o artigo 7.º n.º 4 do CPub, passando a admitir “a utilização excecional de palavras ou de expressões em línguas de outros países quando necessárias à obtenção do efeito visado na conceção da mensagem”. Ainda que a opção legislativa tenha sido criticada por alguma doutrina (PINTO, 1999, p. 51), o abandono da visão paternalista resultante da obrigatoriedade de utilização da língua portuguesa representa hoje uma tendência inevitável face à internacionalização da atividade económica e à dimensão eminentemente emocional e simbólica da publicidade. Assim, nos casos em que o anunciante não esteja obrigado ao cumprimento de deveres de informação, a garantia da liberdade de expressão permite-lhe escolher a língua do anúncio, como se verifica nas decisões em sede de autorregulação (AMORIM, 2018, p. 66).

Centrada em argumentos de natureza técnica e funcional, a publicidade começou por ter uma natureza eminentemente informativa, em detrimento da sugestão, que se entendia ser geradora de ineficiência económica (BROWN, 1948, p. 1169). O conteúdo das mensagens publicitárias coincidia então com o elogio do produto, que visava as suas características demonstráveis ou os benefícios decorrentes da sua utilização. Contudo, a constatação do carácter funcionalmente indiferenciado das várias ofertas disponíveis e a

necessidade de potenciar o aumento da procura determinaram a evolução para a dimensão emocional e simbólica da publicidade.

2.2. Evolução para a dimensão emocional e simbólica da publicidade

A centralidade da comunicação comercial no contexto da atividade económica justifica-se especialmente a partir do desenvolvimento da Sociedade de Consumo, onde a aquisição de produtos deixa de visar apenas a satisfação das necessidades no sentido de utilidade natural ou subsistência, para passar a surgir sobretudo como processo de significação (BAUDRILLARD, 1995, p. 79). As decisões económicas configuram-se agora como resultado de um conjunto de associações positivas que acrescentam valor e significado à vida dos consumidores. Ora, a comunicação comercial constitui o principal instrumento da construção dos valores e da personalidade da marca. Neste sentido, não visa apenas fornecer informação sobre a existência e as características dos bens fabricados, mas também conferir ao produto ou serviço um estatuto privilegiado na mente dos consumidores, atribuindo-lhe uma identidade própria.

No quadro de uma elevada concorrência, em que a sociedade superou a escassez material e o ciclo de vida dos produtos sofreu uma redução significativa, a comunicação comercial já não representa apenas um mecanismo de escoamento da produção, passando a traduzir um elemento determinante das estratégias de diferenciação emocional dos profissionais e do próprio consumo simbólico. A partir da segunda metade do século XX, a recusa do modelo de comportamento económico desenvolvido pelas teorias neoclássicas coincidiu com uma mudança de paradigma ao nível do conteúdo das mensagens publicitárias, que deixam de se centrar nas características demonstráveis e nos benefícios decorrentes da utilização do produto, para passarem a incidir sobre as necessidades e os desejos mas também as motivações, a personalidade e os estilos de vida dos consumidores. A comunicação comercial invoca então benefícios extrínsecos ao produto, potenciando a diferenciação emocional ou simbólica face à concorrência (LAMPREIA, 1995, p. 22). Os anúncios convocam os efeitos subjetivos gerados pelo consumo, a experiência resultante da compra e as emoções sociais, que potenciam a escolha de marcas capazes de conferir um determinado estatuto ou de favorecer a aceitação do indivíduo num grupo de referência. Neste sentido, a publicidade constitui frequentemente o reflexo das ideologias, tendências e expectativas dominantes em cada época histórica.

Esta evolução foi acentuada pela transição para a Sociedade da Informação e o recuso à tecnologia digital como instrumento do processo de comercialização que contribuiu para potenciar a difusão de conteúdos promocionais. Atualmente, os anunciantes recorrem a blogues pessoais para promover uma imagem favorável dos produtos, sem um apelo direto à contratação. Ou seja, a tendência para a menor objetividade dos conteúdos que se verificou progressivamente na transição da imprensa para a rádio e a televisão em meados do século XX, foi depois potenciada pelo recurso à Internet como suporte publicitário.

O apelo a sentimentos na comunicação comercial começou por ser proibido no ordenamento jurídico alemão a propósito do conceito de publicidade chocante. Na medida em que o conteúdo das mensagens deixou de ter conexão com os produtos, associando-se a temas políticos e sociais controversos, aquela proibição justificava-se ao abrigo do princípio da prestação, segundo o qual a concorrência entre agentes económicos deve assentar em elementos objetivos da oferta, como a qualidade e o preço.¹ Importava ainda garantir a liberdade de escolha dos consumidores e o funcionamento correto do mercado, que deviam prevalecer sobre a liberdade de expressão dos anunciantes e até sobre o interesse público inerente aos temas das referidas campanhas publicitárias (HENNING-BODEWIG, 1993, p. 953). Este princípio da prestação fundou a proibição do apelo a sentimentos na comunicação comercial, dominante pelo menos até ao final do século XX. No entanto, com o reconhecimento da tutela constitucional da liberdade de expressão na atividade económica pelo Supremo Tribunal, a partir do caso *Benetton-Schockwerbung*, 21 de dezembro de 2000, a mera ausência de conexão com os produtos deixou de determinar genericamente a proibição do apelo a sentimentos na comunicação comercial (EMMERICH, 2012, p. 171).

É no quadro desta evolução para a dimensão emocional e simbólica que a publicidade passa a recorrer predominantemente a imagens, cujo impacto mais direto e mais imediato é reconhecido face ao texto escrito. As imagens têm ainda a vantagem de constituir uma linguagem universal, o que releva especialmente numa época histórica que coincide com a globalização da atividade económica desenvolvida em vários sectores. A eficácia da comunicação comercial depende agora sobretudo da criatividade e do impacto

¹ O problema suscitou-se sobretudo face ao movimento de rutura com a publicidade tradicional iniciado nos anos 80 e 90 do século XX, quando as campanhas da Benetton passaram a adotar como principais temas as questões raciais e a xenofobia, os conflitos armados, a SIDA e as agressões ambientais (VERÍSSIMO, 2001, p. 46).

criado nos destinatários e já não do conteúdo informativo dos anúncios. Na verdade, como reconheceu o TEDH no caso *Vajnai c. Hungria*, n.º 33629/06, 8 de julho de 2008, a liberdade de expressão abrange o recurso a linguagem não verbal. Abrange também, como resulta do caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, n.º 28957/95, 11 de julho de 2002, conteúdos chocantes ou contrários à opinião da maioria. E, de acordo com o caso *Thorgeir Thorgeirson c. Islândia*, n.º 13778/88, 25 de junho de 1992, o recurso a exagero necessário para alcançar a finalidade visada.

Em suma, afastada a crença na racionalidade das decisões económicas, a mera ausência de conexão com os produtos – que caracterizava a publicidade chocante e que se verifica hoje em vários sectores de atividade – parece constituir uma opção legítima do anunciante, fundada diretamente na liberdade de expressão. Face ao artigo 10.º n.º 1 da CEDH, a proteção da comunicação comercial assenta agora na liberdade de transmitir “ideias” e já não necessariamente informações. Importa referir que o TEDH tem reconhecido que a margem de apreciação dos Estados para determinar a necessidade e a extensão das restrições ao exercício da liberdade de expressão é maior em matéria comercial e especialmente no domínio da publicidade. Esta jurisprudência manifesta-se, designadamente, nos casos *Markt intern Verlag GmbH e Klaus Beermann c. Alemanha*, n.º 10572/83, 20 de novembro de 1989 e *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suíça*, n.º 24699/94, 28 de junho de 2001. A referida margem de apreciação tem determinado a existência de divergências na regulação da comunicação comercial entre Estados, sobretudo a propósito das restrições relativas ao objeto e ao suporte das mensagens, bem como da proteção dos menores, o que suscita dificuldades face aos meios de comunicação abertos como a Internet.

Assim, para os efeitos do artigo 10.º n.º 1 da CEDH, enquanto a proteção da comunicação comercial que contém afirmações de facto objetivas relativas aos produtos ou serviços resulta da liberdade de transmitir “informações”, a publicidade sugestiva – nomeadamente, quando se destina a suscitar o envolvimento emocional com as marcas e a potenciar o consumo simbólico – assenta na liberdade de transmitir “ideias”. De acordo com este entendimento, no caso *Groppera Radio AG e outros c. Suíça*, n.º 10890/84, 28 de março de 1990, o TEDH afirmou que ficam abrangidas pela liberdade de expressão a música ligeira e a publicidade, atento o princípio de neutralidade quanto ao conteúdo e à forma como as mensagens se manifestam. Do ponto de vista dos destinatários, como resulta do caso *Khurshid Mustafa e Tarzibachi c. Suécia*, n.º 23883/06, 16 de dezembro

2008, o direito a receber informações previsto no artigo 10.º n.º 1 da CEDH abrange também manifestações culturais e programas de entretenimento.

Como defende hoje a generalidade da doutrina nacional, a finalidade visada pelas mensagens é irrelevante para efeitos do seu enquadramento na liberdade de expressão (CANOTILHO e MOREIRA, 2007, p. 572). Na verdade, no quadro da atual prevalência do posicionamento emocional e simbólico na comunicação comercial, a falta de conexão com os produtos não determina a existência de uma categoria de ilícito publicitário, aplicável genericamente na ausência de outras valorações (AMORIM, 2017, p. 422). Assim se justifica a tendência de liberalização do apelo a sentimentos, exceto quanto a determinadas modalidades de práticas comerciais agressivas, como a exploração do medo, da ansiedade, da insegurança ou do sentimento de culpa dos destinatários, que ficam abrangidas pelo conceito de coação previsto no artigo 11.º n.º 1 do DL PCD, sendo proibidas na medida em que conduzam ou sejam suscetíveis de “conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”.

3. Restrições relativas ao objeto e ao suporte das mensagens

3.1. Fundamentos

Em conformidade com o artigo 10.º n.º 2 da CEDH, as restrições ao exercício da liberdade de expressão podem resultar da necessidade de acautelar fins legítimos, entre os quais se encontram “a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem”.

No contexto da proteção da saúde, algumas restrições ao objeto das mensagens previstas no ordenamento jurídico português enquadram-se nas políticas de prevenção do alcoolismo e do tabagismo, como resulta do regime jurídico da publicidade a bebidas alcoólicas (artigo 17.º do CPub) e ao tabaco (artigo 16.º da Lei n.º 37/2007, de 14 de agosto). Visam também a proteção da saúde a proibição da publicidade a tratamentos médicos e medicamentos (artigo 19.º do CPub), bem como o Estatuto do Medicamento, aprovado pelo DL n.º 176/2006, de 30 de agosto, que distingue a publicidade realizada junto do público (artigo 153.º) e a publicidade realizada junto de profissionais de saúde (artigo 154.º). Ao adotar as referidas restrições à liberdade de expressão, o legislador procurou acautelar as consequências de uma acentuada assimetria de informação, manifestando uma preocupação com a racionalização do consumo de medicamentos. O regime jurídico das práticas de publicidade em saúde resulta do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro e do Regulamento da Entidade Reguladora da Saúde n.º 1058/2016, de 24 de

novembro, que estabelece um conjunto de deveres de informação dos profissionais. Ainda no contexto da proteção da saúde, a Lei n.º 30/2019, de 23 de abril introduziu restrições ao conteúdo e ao suporte das mensagens publicitárias dirigidas a menores de 16 anos de géneros alimentícios e bebidas que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados (artigo 20.º-A do CPub).

Importa ainda referir que a proteção da saúde justifica a proibição de fazer publicidade a medicamentos não autorizados no território nacional, como reconheceu o Tribunal de Justiça da União Europeia nos casos *Lucien Ortscheit GmbH c. Eurim-Pharm Arzneimittel GmbH* (acórdão de 10 de novembro de 1994, processo n.º C-320/93) e *Ludwigs – Apotheke München Internationale Apotheke c. Juers Pharma Import-Export GmbH* (acórdão de 8 de novembro de 2007, processo n.º C-143/06). Contudo, face ao princípio da proporcionalidade, e uma vez reconhecida a garantia da liberdade de expressão na atividade económica, a proibição absoluta de publicidade apenas se pode justificar em casos pontuais.

Em legislação especial, constam também restrições relativas aos produtos e serviços financeiros. Trata-se de um sector de atividade dotado de especial complexidade e tecnicidade, caracterizado ainda por uma relevante assimetria de informação entre profissionais e consumidores. Ou seja, para os efeitos do artigo 10.º n.º 2 da CEDH, as restrições à liberdade de expressão dos anunciantes fundam-se na necessidade de proteção de “direitos de outrem”. No entanto, ao contrário do que se verifica no contexto da proteção da saúde – nomeadamente, a propósito do tabaco e de alguns medicamentos – não subsiste aqui qualquer proibição absoluta de publicidade.

Assim, as obrigações impostas às instituições de crédito e sociedades financeiras no domínio da comunicação comercial justificam-se pelo interesse público à defesa do crédito e pela garantia da transparência do mercado financeiro, permitindo aos potenciais consumidores comparar as ofertas disponíveis. Nos termos do artigo 77.º-C n.º 3 do DL n.º 298/92, de 31 de dezembro, “as mensagens publicitárias relativas a contratos de crédito devem ser ilustradas, sempre que possível, através de exemplos representativos”. A norma é densificada, designadamente, a propósito do crédito à habitação (artigo 10.º n.º 6 do DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho) e do crédito ao consumo (artigo 5.º n.º 5 do DL n.º 133/2009, de 2 de junho), visando compensar a complexidade e tecnicidade deste sector de atividade. Neste contexto, releva ainda o Aviso n.º 10/2008 do Banco de Portugal, que estabelece deveres de informação e transparência a observar pelas instituições de crédito e sociedades financeiras.

Outras normas especiais regulam a publicidade a determinados produtos e serviços, prevendo menções obrigatórias que restringem a liberdade de expressão dos agentes económicos, como o artigo 5.º do DL n.º 304/2001, de 26 de novembro, que estabelece um sistema de informação ao consumidor sobre economia de combustível e emissões de dióxido de carbono dos automóveis novos de passageiros colocados à venda ou para locação financeira, bem como o artigo 12.º do DL n.º 68/2004, de 25 de março relativo à aquisição de prédio urbano para a habitação, que prevê que a publicidade deve apresentar as características da habitação.

A generalidade dos Estatutos das Ordens Profissionais regula hoje também a publicidade dos profissionais liberais. No entanto, em conformidade com a jurisprudência do TEDH no caso *Casado Coca c. Espanha*, n.º 15450/89, 24 de fevereiro de 1994, a publicidade não pode ser proibida. Neste sentido, segundo o disposto no artigo 32.º da Lei n.º 2/2013 de 10 de janeiro, que estabelece o regime jurídico de criação, organização e funcionamento das associações públicas profissionais, “não podem ser estabelecidas normas que imponham uma proibição absoluta de qualquer das modalidades de publicidade relativa a profissão organizada em associação pública profissional” (n.º 1). Não obstante, “podem ser impostas restrições em matéria de publicidade quando essas restrições não sejam discriminatórias, sejam justificadas por razões imperiosas de interesse público, designadamente para assegurar o respeito pelo sigilo profissional, e estejam de acordo com critérios de proporcionalidade” (n.º 2).

Estabelecem-se ainda restrições ao suporte da comunicação comercial. No caso *RTL Television*, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou legítima a proteção dos consumidores contra a publicidade excessiva na televisão, na medida em que condiciona o acesso a programas de qualidade, para os efeitos do artigo 11.º n.º 3 da Diretiva 89/552/CEE (acórdão de 23 de outubro de 2003, processo n.º C 245/01). E posteriormente, no caso *Comissão/Espanha*, a propósito dos limites impostos ao tempo reservado à publicidade, reconheceu que importa “estabelecer uma proteção equilibrada dos interesses financeiros dos organismos de radiodifusão televisiva e dos anunciantes, por um lado, e dos interesses dos titulares dos direitos, autores e criadores, e dos consumidores que são os telespectadores, por outro” (acórdão de 24 de novembro de 2011, processo n.º C-281/09).

No ordenamento jurídico português, algumas restrições ao suporte visam a salvaguarda de interesses gerais, designadamente, o ambiente e a qualidade de vida ou a segurança rodoviária. Assim, o DL n.º 105/98, de 24 de abril regula a afixação ou

inscrição de publicidade na proximidade das Estradas Nacionais fora dos aglomerados urbanos. Outras restrições – como os limites impostos ao tempo reservado à publicidade pelo artigo 40.º n.º 1 da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido, aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de julho e pelo artigo 40.º n.º 3 da Lei da Rádio, aprovada pela Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro – coincidem historicamente com uma tendência de exaltação das consequências nocivas da comunicação comercial e da vulnerabilidade dos consumidores. Tendo esta tendência sido ultrapassada no atual contexto socioeconómico, a admissibilidade das referidas restrições é duvidosa face ao artigo 10.º da CEDH (AMORIM, 2017, p. 182).

3.2. Autorização prévia

Associada a sectores de atividade onde a informação dos consumidores continua a ter um papel determinante para efeitos das decisões económicas, surge o problema da autorização prévia da publicidade. A sujeição das mensagens a autorização prévia é genericamente incompatível com o artigo 10.º n.º 1 da CEDH, nos termos do qual o exercício da liberdade de expressão não pode ficar sujeito a “ingerência de quaisquer autoridades públicas”. Neste sentido, o TEDH reiterou a proibição da censura nos casos *Observer e Guardian c. Reino Unido*, n.º 13585/88, 26 de novembro de 1991 e *RTBF c. Bélgica*, n.º 50084/06, 29 de março 2011. Reconheceu igualmente no caso *Mouvement Raëlien Suisse c. Suíça*, n.º 16354/06, 13 de julho de 2012, que a margem de apreciação dos Estados em sede de liberdade de expressão se manifesta também face a obrigações negativas de não ingerência.

No ordenamento jurídico português, o artigo 37.º n.º 2 da CRP prevê também que o exercício da liberdade de expressão “não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”. Configurada historicamente como forma de tutela contra ingerências assentes em motivações de ordem política, a proibição da censura constitui hoje uma “regra definitiva de limite dos limites”, que não pode ser comprimida (MACHADO, 2002, p. 854). A proibição da censura parece, no entanto, ser afastada pela defesa de interesses gerais, como a proteção da saúde ou a transparência dos mercado financeiro. Na verdade, nos sectores de atividade dotados de especial complexidade e tecnicidade, a autorização prévia da publicidade coincide com um conjunto de deveres de informação tipificados pelo legislador, que visam compensar a acentuada assimetria de informação existente entre os profissionais e os consumidores.

Assim se justifica, no ordenamento jurídico português, o artigo 164.º n.º 1 do Estatuto do Medicamento, aprovado pelo DL n.º 176/2006, de 30 de agosto, que obriga ao registo e apreciação pelo INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, de toda a publicidade de medicamentos, ficando sujeita a aprovação, nos termos do artigo 154.º, “a realização de campanhas de vacinação efetuadas pela indústria” (alínea a) do n.º 3) e “a realização de campanhas de promoção de medicamentos genéricos efetuadas pela indústria” (alínea b) do n.º 3). Também o artigo 121.º n.º 2 do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo DL n.º 486/99, de 13 de novembro, sujeita à aprovação prévia da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários as mensagens publicitárias relacionadas com a oferta pública de valores mobiliários e o artigo 2.º n.º 5 do DL n.º 211-A/2008, de 3 de novembro, para efeitos das mensagens publicitárias relativas a produtos financeiros complexos, que dependem de aprovação prévia do Banco de Portugal, sempre que se trate de depósitos indexados.

4. Restrições relativas ao conteúdo das mensagens

4.1. Proteção dos agentes económicos

O desenvolvimento económico que se verificou sobretudo a partir do início do século XIX desencadeou a adoção de um conjunto de medidas legislativas destinadas a regular o exercício da atividade industrial e comercial. No quadro de uma economia centrada na produção, importava proteger as posições adquiridas pelos concorrentes no mercado, especialmente, contra o desvio de clientela. Ao incidir sobre os meios utilizados pelos profissionais no exercício de uma atividade económica, o regime jurídico da tutela da lealdade nas relações de mercado parte da relevância da liberdade de expressão na promoção de produtos e serviços. Como afirmou o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 26 de setembro de 2013, em sede de concorrência desleal, “aquilo que se censura ao agente económico são os meios de que ele se serve para atuar no mercado” (processo n.º 6742/1999.L1.S2).

Determinante da necessidade de proteção dos agentes económicos, a proibição da concorrência desleal e da divulgação de informações confidenciais assenta no recurso a formas de atuação que traduzem maioritariamente o exercício da liberdade de expressão consagrada no artigo 10.º n.º 1 da CEDH. Na verdade, a generalidade dos atos previstos pelo legislador assenta na existência de uma mensagem destinada a promover produtos ou serviços, constituindo uma restrição da liberdade de expressão, que não pode deixar de ser analisada ao abrigo do artigo 10.º n.º 2 da CEDH. Neste sentido, a suscetibilidade

de criar confusão manifesta-se sobretudo face à imitação de elementos externos dos bens, como os rótulos e as embalagens (artigo 311.º n.º 1 alínea a) do CPI); os atos denegritórios dependem da existência de “falsas afirmações” (artigo 311.º n.º 1 alínea b) do CPI); o aproveitamento da reputação alheia assenta também em “informações ou referências não autorizadas” (artigo 311.º n.º 1 alínea c) do CPI); finalmente, os atos enganosos resultam de “falsas indicações” e “falsas descrições” relativas aos produtos e serviços, bem como à situação financeira, clientela e atividades desenvolvidas pelo profissional (artigo 311.º n.º 1 alíneas, d), e) e f) do CPI).

4.1.1. Contra atos de concorrência desleal

De acordo com a conceção tradicional, ainda maioritariamente adotada face ao ordenamento jurídico português, a disciplina da concorrência desleal visa garantir as posições adquiridas pelos agentes económicos nas suas relações recíprocas, acautelando os interesses individuais dos concorrentes à diferenciação no mercado, à proteção da reputação económica e ao aproveitamento do próprio esforço. Esta visão corporativa e subjetiva justifica-se historicamente face à estrutura económica centrada na produção que caracterizou o período subsequente à Revolução Industrial. De acordo com a posição resultante do parecer n.º 17/57 da Procuradoria-Geral da República, importa proibir os “atos suscetíveis de causar prejuízo à empresa de um competidor pela usurpação, ainda que parcial, da sua clientela, com vista à criação e expansão, direta ou indireta, de uma clientela própria”, como resulta dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de abril de 2012 (processo n.º 424/05.7TYVNG.P1.S1) e 26 de fevereiro de 2015 (processo n.º 1288/05.6TYLSB.L1.S1).

Com a evolução para o modelo social no direito comparado, a disciplina da concorrência desleal passa a prescindir da estrita relação de concorrência entre os sujeitos que caracterizava a conceção tradicional, reconfigurando-se como instrumento de proteção de um conjunto alargado de interesses (FONT GALÁN, 1986, p. 246). Neste sentido, a proteção dos agentes económicos depende hoje mais amplamente da existência de um ato de intervenção no mercado, abrangendo também os comportamentos dos profissionais que se dirigem aos consumidores, como a comunicação comercial. Associada às novas exigências do mercado, esta reconfiguração do âmbito de aplicação da concorrência desleal decorre do afastamento da abordagem funcional que identifica a disciplina com um instrumento de proteção contra o desvio de clientela (AMORIM, 2017, p. 60).

O artigo 311.º do CPI proíbe “todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica”, que se concretiza na proibição dos atos confusórios, denegritórios, parasitários e enganosos previstos nas alíneas. Atenta a dimensão valorativa desta cláusula geral, a concorrência desleal afirma-se como uma disciplina de conteúdo marcadamente evolutivo, cuja flexibilidade é determinante num contexto económico, social e tecnológico em constante evolução. Para este efeito, releva especialmente a margem de apreciação dos Estados em sede de liberdade de expressão, reconhecida pelo TEDH. Ora, na disciplina da concorrência desleal, o problema da restrição da liberdade de expressão suscita-se sobretudo a propósito da proteção da honra, a que alude o artigo 10.º n.º 2 da CEDH e que constitui o bem jurídico visado pela proibição de atos denegritórios e dos atos parasitários.

Assim, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 311.º do CPI, constituem atos de concorrência desleal “as falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes”. Considerando a garantia da liberdade de expressão na atividade económica, o legislador restringiu a deslealdade às afirmações falsas e consagrou a designada *exceptio veritatis*, como instrumento da racionalidade das decisões económicas dos consumidores e da transparência do mercado. Este elemento objetivo afasta dos atos denegritórios as afirmações cuja veracidade não pode ser aferida, na medida em que não contenham expressões concretas e comprováveis (LARA GONZÁLEZ, 2007, p. 126). Acresce que a consagração do fim de desacreditar ou *animus denigrandi* obriga à verificação do dolo específico, que incide sobre a própria denegrição do concorrente enquanto resultado da conduta. Ou seja, ao consagrar o pressuposto da intenção do agente, o ordenamento jurídico português introduziu na proibição dos atos denegritórios especiais dificuldades probatórias.

Ficam abrangidas pelo artigo 311.º n.º 1 alínea b) do CPI a publicidade de tom pessoal, relativa à situação económica e financeira do concorrente, à ilicitude da sua conduta profissional ou à continuidade da sua atividade, bem como a publicidade de tom estritamente pessoal que incide sobre elementos relativos à esfera privada, como a nacionalidade, religião ou ideologia política. Desta forma, considera-se desleal, independentemente da correspondência das afirmações com a realidade dos factos, a ausência de uma conexão relevante da comunicação comercial com o exercício da atividade económica desenvolvida pelo concorrente. No entanto, na medida em que fica dependente da verificação de uma relação de concorrência entre os sujeitos, do recurso a expressões concretas e comprováveis e ainda do dolo específico, a proibição de atos

denegritórios tem hoje aplicação meramente residual, relevando predominantemente como limite à licitude da publicidade comparativa, para os efeitos do artigo 16.º n.º 2 alínea e) do CPub.

Visam também a proteção da honra os atos parasitários, proibidos pela alínea c) do n.º 1 do artigo 311.º do CPI, relativa a “invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios”. Estes atos parasitários procuram atrair a atenção dos destinatários para um determinado conteúdo publicitário, pelo que a proibição deixa de assentar estritamente numa relação de concorrência entre os sujeitos, sendo transversal a todos os sectores de atividade (BURST, 1993, p. 97). O dolo específico incide sobre o aproveitamento da reputação, encontrando-se afastado na generalidade dos sistemas jurídicos de direito comparado, que tende a adotar uma conceção objetiva de parasitismo económico. Já o aproveitamento do esforço alheio – resultante, por exemplo, da cópia de catálogos com custos de produção significativos – apenas pode ser aferido à luz da cláusula geral de concorrência desleal.

Acresce que, ao contrário do que se verifica nos atos denegritórios, a proibição dos atos parasitários não depende da falsidade das afirmações, pelo que também as referências verdadeiras podem implicar concorrência desleal (ASCENSÃO, 2002, p. 452). Constitui uma modalidade de ato parasitário o designado reclamo por referência, expressamente previsto, quanto às denominações de origem, no artigo 306.º n.º 3 do CPI, que proíbe a promoção de produtos e serviços através da introdução de expressões como “género”, “tipo”, “qualidade” ou “equivalente”. Contudo, face às referências verdadeiras, subsiste uma relação de tensão entre a deslealdade do aproveitamento da reputação e a liberdade de expressão dos agentes económicos. No ordenamento jurídico francês, a partir de meados do século XX, a jurisprudência passou a reconhecer a admissibilidade das expressões que permitissem estabelecer uma conexão com outro estabelecimento (“antigo armazém”, “antiga casa”, “antigo empregado”, “antigo gerente” e semelhantes), desde que fossem verdadeiras e não abusivas (ROUBIER, 1952, p. 542).

Face à atual prevalência dos recursos intangíveis sobre os ativos tradicionais das empresas, a reputação constitui um pressuposto do exercício da atividade económica (RODRÍGUEZ GUITIÁN, 1996, p. 155). No entanto, a lesão da reputação não afeta só os concorrentes, pressuposto em que assenta o modelo profissional de concorrência desleal, mas também o comportamento económico dos consumidores, que atribuem ao valor da confiança um papel de referência, sobretudo num contexto de excesso de oferta. Esta

reputação económica traduz uma manifestação da necessidade de proteção da honra, a que alude o artigo 10.º n.º 2 da CEDH para efeitos do fundamento das restrições à liberdade de expressão. Neste sentido, a honra emana do conjunto de relações interpessoais e da valoração das condutas do sujeito, realizada pelo mercado, entendido num sentido subjetivo amplo, que abrange o conjunto dos consumidores atuais e potenciais, bem como os restantes agentes económicos. Daqui decorre que a honra se identifica com os valores da credibilidade, do prestígio e da confiança, autonomizados pelo artigo 187.º do Código Penal.

Na jurisprudência relativa à liberdade de expressão, a proteção da honra é frequentemente invocada a propósito das figuras públicas e políticos. No caso *UJ c. Hungria*, n.º 23954/10, 19 de julho de 2011, o TEDH veio afirmar a distinção entre a reputação relativa ao estatuto social das pessoas, cuja violação tem impacto na dignidade, e a reputação comercial, desprovida desta dimensão moral. Esta reputação comercial constituiu fundamento no caso *Jacobowski c. Alemanha*, n.º 15088/89, 23 de junho de 1994, relativo à aplicação da cláusula geral de concorrência desleal prevista no ordenamento jurídico alemão para proibição de atos denegritórios, onde o TEDH voltou a reiterar a margem de apreciação dos Estados na delimitação das restrições à liberdade de expressão na atividade económica. Ainda no quadro da proteção da honra, no caso *Hertel c. Suíça*, n.º 59/1997/843/1049, 25 de agosto de 1998, o TEDH tinha considerado existir violação do princípio da proporcionalidade na proibição da difusão de resultados da investigação científica com impacto na atividade económica.

Em suma, a reputação económica integra um direito condicionado pelas valorações sociais e culturais em cada momento histórico. Considerando a natureza evolutiva do desvalor da comunidade sobre as condutas que integram uma lesão da honra, a transição para a era digital veio alargar o que pode admitir-se como socialmente adequado face à liberdade de expressão na atividade económica. Não obstante, a tutela da lealdade nas relações de mercado deve assentar ainda predominantemente na proteção da reputação económica (AMORIM, 2017, p. 451).

4.1.2. Contra a divulgação de informações confidenciais

O artigo 10.º n.º 2 da CEDH prevê a possibilidade de a liberdade de expressão ser restringida “para impedir a divulgação de informações confidenciais”. A jurisprudência do TEDH relativa a esta matéria tem sido direcionada sobretudo para a atividade dos jornalistas, como se verifica, entre outros, no caso *Stoll c. Suíça*, n.º 69698/01, 10 de

dezembro de 2007. No entanto, a necessidade de proteção de informações confidenciais face à liberdade de expressão manifesta-se também no exercício da atividade económica, onde importa acautelar a divulgação de segredos comerciais.

Ao transpor para o ordenamento jurídico português a Diretiva (UE) 2016/943, o CPI autonomizou a proteção dos segredos comerciais face à concorrência desleal, alargando o seu âmbito de aplicação. Contudo, a dimensão valorativa do regime jurídico continua a assentar na remissão para uma cláusula geral relativa às práticas comerciais honestas, bem como na consagração do princípio da proporcionalidade, que se manifesta designadamente na introdução de uma cláusula de relevância e na discricionariedade atribuída aos tribunais nacionais para ponderação de um conjunto de interesses.

O artigo 313.º n.º 1 do CPI enuncia os requisitos cumulativos que as informações devem preencher para serem protegidas: “a) sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão; b) tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; c) tenham sido objeto de diligências razoáveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas”. Ao fazer depender o conceito de segredos comerciais destes requisitos cumulativos, o legislador restringiu a proteção a um conjunto limitado de informações, o que permite evitar restrições desnecessárias aos direitos de outros agentes económicos, nomeadamente para os efeitos do exercício da liberdade de expressão.

Ora, de acordo com o artigo 314.º do CPI, a violação dos segredos comerciais depende da obtenção da informação, seguida de divulgação ou utilização. Considerando que é suficiente a ilicitude de um dos atos, o problema começa por se suscitar a propósito da aquisição dos segredos comerciais. Assim, se a aquisição não traduzir o exercício normal da atividade do agente, fica inquinada a posterior divulgação ou utilização. O primeiro caso configura-se como um ato de agressão, cujo risco se encontra hoje potenciado pelas tecnologias digitais, uma vez que a informação deixa de estar guardada apenas em suporte físico. O segundo caso, tradicionalmente mais frequente, integra uma hipótese de parasitismo económico, entendido como um aproveitamento do esforço realizado por um profissional, que beneficia do sucesso comercial das iniciativas de outrem, sem assunção de risco próprio nem necessidade de incorrer nas respetivas despesas (AMORIM, 2009, p. 59).

Segundo o disposto no n.º 2 do artigo 314.º do CPI, “constitui ainda ato ilícito a utilização ou divulgação de um segredo comercial, sem o consentimento do respetivo titular, por pessoa que preencha uma das seguintes condições: a) tenha obtido o segredo comercial ilegalmente; b) viole um acordo de confidencialidade ou qualquer outro dever de não divulgar o segredo comercial; c) viole um dever contratual ou qualquer outro dever de limitar a utilização do segredo comercial”. Desta forma, a ilicitude da divulgação e da utilização está maioritariamente dependente de uma aquisição ilegal. No quadro do exercício da liberdade de expressão, a relevância da divulgação do segredo comercial é determinada pelo facto de colocar o recetor em condições de utilizar a informação, ficando a sua ilicitude dependente apenas desta possibilidade e não da efetiva utilização (GALAN CORONA, 1992, p. 97). Neste caso, a prova da violação pode resultar do acesso ao segredo comercial pelo sujeito e das similitudes relevantes entre as prestações oferecidas no mercado.

Acresce que nos termos do n.º 3 do artigo 314.º do CPI, “constitui ainda ato ilícito a obtenção, utilização ou divulgação de um segredo comercial sempre que uma pessoa, no momento da obtenção, utilização ou divulgação, tivesse ou devesse ter tido conhecimento, nas circunstâncias específicas em que se encontrava, que o segredo comercial tinha sido obtido direta ou indiretamente de outra pessoa que o estava a utilizar ou divulgar ilegalmente nos termos do número anterior”. Determinante também no quadro do exercício da liberdade de expressão na atividade económica, a norma permite censurar o comportamento do adquirente indireto de segredos comerciais, suscitando sobretudo o problema da prova do conhecimento relativo à origem da informação. Entre outros indícios relevantes, podem ser considerados a identidade do transmitente, a natureza ou o preço da informação.

O problema suscita-se frequentemente a propósito da cessação do contrato de trabalho seguida de divulgação dos segredos comerciais do anterior empregador. Ao contrário do que se verifica relativamente à utilização da informação para efeitos do exercício de atividade por conta própria, a divulgação dos segredos comerciais não parece justificada pela garantia constitucional da liberdade de trabalho, fundada axiologicamente nos artigos 47.º e 58.º da CRP, que consagram respetivamente a liberdade de escolha de profissão e o direito ao trabalho. Em conformidade com o que resulta do artigo 10.º n.º 2 da CEDH, a liberdade de expressão não deve servir como fundamento de licitude da divulgação de informações confidenciais.

4.2. Proteção dos consumidores

A par da garantia dos interesses dos agentes económicos, a disciplina da concorrência desleal visa também a tutela da liberdade de escolha dos consumidores, que integra um dos pressupostos do mercado concorrencial. Este princípio de dupla proteção coincide com o afastamento do modelo estritamente profissional e manifesta-se sobretudo na proibição de atos enganosos prevista nas alíneas d), e) e f) do n.º 1 do artigo 311.º do CPI, que incide sobre “falsas indicações” e “falsas descrições” relativas aos produtos e serviços, bem como à situação financeira, clientela e atividades desenvolvidas pelo profissional. O legislador português acautelou, desta forma, a possibilidade de os consumidores escolherem, de forma esclarecida e livre, os produtos e serviços que melhor correspondem à satisfação das suas necessidades.

Face ao aumento da concorrência que se verificou na economia portuguesa sobretudo a partir dos anos 80 do século XX, os consumidores passaram a assumir um papel fundamental nas relações de mercado, o que acontece em detrimento da anterior centralidade da produção. Ora, a proteção dos consumidores procura acautelar a vulnerabilidade decorrente da assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação face aos profissionais (ANDRADE, 2002, p. 46). Funda-se axiologicamente no artigo 60.º da CRP, que visa o “direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”.

No quadro da proteção dos consumidores, o problema da liberdade de expressão na atividade económica suscita-se especialmente a propósito do CPub e do DL PCD. A regulação autónoma da comunicação comercial no ordenamento jurídico português é tributária da perspetiva corporativa da concorrência desleal tradicionalmente adotada, que limita a disciplina à proteção dos concorrentes.² Considerando a relevância da informação para os consumidores, de acordo com o modelo de comportamento económico desenvolvido pelas teorias neoclássicas, ambos os diplomas incidem maioritariamente

² A generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus não dispõe de um diploma destinado a regular exclusivamente a publicidade. Excetua-se em Espanha a *Ley General de Publicidad*, aprovada pela Lei n.º 34/1988, de 11 de novembro, que serviu de inspiração na elaboração do CPub. A regulação da publicidade fica abrangida pelo direito do consumidor no Reino Unido, que aprovou o *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* para integrar o regime jurídico das práticas comerciais desleais, mas também em Itália, onde o *Codice del Consumo* foi alterado através do DL n.º 146/2007, de 2 de agosto e em França, onde o *Code de la Consommation* foi alterado através da Lei n.º 2008/3, de 3 de janeiro. Fica abrangida pela disciplina da concorrência desleal na Alemanha, encontrando-se regulada na *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, com as alterações introduzidas pela *Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (1. UWGÄndG)*, de 22 de dezembro de 2008.

sobre a publicidade enganosa. A regulação da comunicação comercial enquadra-se então na perspectiva de proteção dos consumidores que visa assegurar a maior utilidade e o menor custo das transações comerciais, o que justifica também a licitude da publicidade comparativa.

4.2.1. Publicidade enganosa

De acordo com o disposto no artigo 60.º n.º 2 da CRP, são proibidas “todas as formas de publicidade oculta, indireta ou dolosa”. Neste sentido, ao introduzir um conjunto de restrições à liberdade de expressão dos agentes económicos, a regulação da comunicação comercial visa a garantia do direito à informação dos consumidores, que se concretiza sobretudo na proibição da publicidade enganosa, prevista no artigo 11.º do CPub e nos artigos 7.º a 9.º do DL PCD. Esta centralidade da publicidade enganosa justifica-se historicamente no quadro do acesso limitado à informação num período dominado pelo excesso de oferta. De facto, quando os produtores e distribuidores detinham exclusivamente a informação sobre o mercado e o controlo da tecnologia, as decisões económicas dos consumidores ficavam dependentes dos conteúdos que lhes eram transmitidos de forma massificada e unilateral pela publicidade.

Nos termos do artigo 10.º do CPub, “a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos” (n.º 1) e “as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exatas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes” (n.º 2). Esta conceção é tributária da prevalência de argumentos de natureza técnica e funcional na comunicação comercial de massas dominante até à década de 70 do século XX. Ou seja, na medida em que as características e os benefícios dos produtos integravam os principais elementos de diferenciação face à concorrência, a informação constituía um instrumento privilegiado de proteção dos consumidores, permitindo assegurar a racionalidade das suas decisões económicas. Assim, ficam excluídas do âmbito de aplicação do princípio da veracidade os juízos estimativos e as apreciações subjetivas, como os juízos estéticos ou as considerações relativas a gostos pessoais (FERNÁNDEZ-NOVOA, 1975, p. 378). Ora, considerando a transição para a dimensão emocional e simbólica da publicidade, o princípio da veracidade tem atualmente uma escassa relevância na generalidade dos sectores de atividade. Fora do contexto da atividade económica, o TEDH considera que ficam abrangidas pelo artigo 10.º da CEDH as meras opiniões não suscetíveis de prova, como resulta do caso *Jerusalem c. Áustria*, n.º 26958/95, 27 de fevereiro de 2001.

O princípio da veracidade postula tradicionalmente a conformidade dos produtos ou serviços promovidos com o conteúdo da mensagem publicitária. Mas pode igualmente ser abordado numa dimensão subjetiva, que permite atender à convicção dos consumidores ou às suas fundadas expectativas face à comunicação comercial. Desta forma, não releva apenas a falta de correspondência entre o conteúdo literal da mensagem publicitária e a realidade da oferta, como se verifica nas alíneas d), e) e f) do n.º 1 do artigo 311.º do CPI, mas também as informações que “mesmo sendo factualmente corretas”, induzem ou são suscetíveis de induzir em erro os consumidores, nos termos do artigo 7.º n.º 1 do DL PCD. A suscetibilidade de indução em erro deve ser avaliada em função da integridade ou indivisibilidade da campanha publicitária, que determina uma análise qualitativa centrada na impressão global, sem atender separadamente a cada uma das partes integrantes (TATO PLAZA, 2008, p. 551). Neste sentido, o engano incide sobre o significado mais imediato do anúncio, afastando-se eventuais interpretações subtis do seu conteúdo.

Este princípio da veracidade tem como principal corolário a proibição da publicidade enganosa, resultante dos artigos 7.º a 9.º do DL PCD, relativos às práticas comerciais enganosas nas relações com os consumidores e para os quais remete hoje o artigo 11.º do CPub, cujo âmbito de aplicação se restringe às relações entre profissionais nos termos do artigo 43.º do CPub. Ficam abrangidas a publicidade enganosa por ação e a publicidade enganosa por omissão, que assenta na violação de um dever de informação.³ Acresce que ao consagrar um conceito amplo de engano, o artigo 7.º n.º 2 alínea a) do DL PCD abrange também “qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente”. Ou seja, passa a considerar-se ação enganosa o comportamento previsto na alínea a) do

³ A publicidade enganosa por omissão começou por ser abordada no quadro da suscetibilidade de indução em erro, em função das expectativas criadas pela mensagem. Centrava-se, por isso, nas alegações publicitárias incompletas, por violação de um dever de esclarecimento face ao conteúdo da mensagem, conduzindo a uma incorreta representação global relativa à oferta. Pelo contrário, da violação de um dever de informação – ou omissão em sentido estrito – não decorre qualquer suscetibilidade de indução em erro (OELFFEN, 2012, p. 49).

No ordenamento jurídico português, o artigo 9.º n.º 1 do DL PCD prevê a omissão em sentido estrito e a indução em erro decorrente de apresentação inadequada da informação. A alínea a) e a primeira parte da alínea b) consagram a omissão em sentido estrito, que corresponde às hipóteses em que o profissional “omite uma informação com requisitos substanciais para uma decisão comercial esclarecida do consumidor” ou oculta essa informação. A distinção entre a omissão e a ocultação parece resultar de uma graduação em função da intenção do profissional. Já a segunda parte da alínea b) prevê os casos em que o profissional apresenta a informação “de modo pouco claro, ininteligível ou tardio”, fazendo depender a publicidade enganosa por omissão das expectativas criadas pelo conteúdo da mensagem.

n.º 1 do artigo 311.º do CPI, nos termos da qual constituem concorrência desleal “os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue”.

A proibição da publicidade enganosa depende ainda da verificação de uma cláusula de relevância, relativa à suscetibilidade de distorcer de maneira substancial o comportamento económico dos consumidores. Segundo a alínea e) do artigo 3.º do DL PCD, importa que a prática comercial “prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo”. Tributária da defesa da concorrência, a cláusula de relevância resulta da preocupação com o desenvolvimento do mercado interno, manifestada na Diretiva 2005/29/CE. Ao diminuir o âmbito de aplicação da proibição da publicidade enganosa, acautela o exercício da liberdade de expressão dos agentes económicos, para os efeitos do artigo 10.º da CEDH.

No quadro da dimensão subjetiva da publicidade enganosa e da consagração de uma cláusula de relevância no regime jurídico das práticas comerciais desleais, o legislador europeu enunciou como critério de aferição o “consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística” (Considerando 18 da Diretiva 2005/29/CE). Assim, atende-se à atitude e aos conhecimentos, sobretudo ao nível da experiência e da aptidão necessárias para interpretar corretamente as mensagens, bem como da adoção de um comportamento ativo e responsável na procura de informação relativa ao produto ou serviço (GONZÁLEZ VAQUÉ, 2004, p. 47). Atende-se igualmente ao facto de o cuidado e a ponderação variarem em função da natureza e do valor do bem em causa. A adoção de um parâmetro de aferição excessivamente exigente e sem tradição na generalidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros insere-se num modelo liberal de proteção dos consumidores, que se justifica também no quadro da preocupação com o desenvolvimento do mercado interno.

Com a generalização do acesso às tecnologias digitais, as relações de mercado sofreram alterações profundas, na medida em que os consumidores já não são meros recetores passivos dos conteúdos veiculados pelos anunciantes. A comunicação comercial passa a ser essencialmente interativa e a bidirecional. Face à dimensão colaborativa da Internet, potenciada sobretudo pelas redes sociais, os fóruns e as comunidades de partilha de conteúdos, os consumidores podem agora obter autonomamente a informação de que necessitam, verificar a veracidade dos argumentos dos anunciantes e procurar as melhores

alternativas, nomeadamente ao nível do preço. Atenta a correspondência entre informação e poder de mercado numa estrutura concorrencial, esta disponibilidade de conteúdos relevantes e independentes esteve na origem do afastamento do domínio dos produtores e dos distribuidores, que caracterizou quase todo o século XX, dando lugar a uma revolução do poder de mercado (SEYBOLD, 2002, p. 3). Esta generalização do acesso às tecnologias digitais reduziu o controlo dos profissionais sobre a disseminação de informação relativa aos seus produtos e serviços, contribuindo para incrementar de forma significativa o poder de mercado dos consumidores. Atenuada a vulnerabilidade dos consumidores e autonomamente garantido o seu direito à informação, deixam de se justificar algumas restrições ao conteúdo da publicidade.

Por fim, importa referir que não constitui ação enganosa o exagero publicitário, resultante de considerações vagas, irreais ou ficcionadas, geralmente associadas a autoelogios genéricos ou afirmações de superioridade, liderança ou exclusividade em relação ao conjunto dos concorrentes. A licitude do exagero publicitário funda-se no artigo 253.º n.º 2 do Código Civil, nos termos do qual “não constituem dolo ilícito as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as conceções dominantes no comércio jurídico, nem a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação comercial ou daquelas conceções”. Ou seja, nos casos em que o anunciante não esteja obrigado ao cumprimento de deveres de informação, o exagero publicitário constitui uma manifestação da liberdade de expressão na atividade económica.

4.2.2. Publicidade comparativa

Nos termos do n.º 1 do artigo 16.º do CPub, “é comparativa a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente”. Apesar de amplamente criticado pela doutrina, por abranger todas as modalidades de publicidade alusiva, este conceito foi adotado na generalidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros (KÖHLER e BORNKAMM, 2013, p. 1018). Ora, a identificação do concorrente pode ser implícita, desde que inequívoca. Neste sentido, constituem indícios da publicidade comparativa a coincidência temporal e/ou espacial das campanhas realizadas, a agressividade da mensagem, a estrutura de mercado – sobretudo nos casos de duopólio e oligopólio –, bem como o recurso às mesmas técnicas publicitárias e ainda a notoriedade do produto ou serviço em causa.

Até à década de 90 do século XX, a proteção dos concorrentes e o estigma social da comparação de produtos impediram o desenvolvimento desta técnica publicitária na generalidade dos países europeus. Contudo, a licitude da publicidade comparativa resultante da Diretiva 97/55/CE veio abrir caminho para a admissibilidade de condutas que, encontrando-se formalmente abrangidas pela proibição dos atos denegritórios em sede de concorrência desleal, devem ainda considerar-se socialmente adequadas. Na verdade, a comparação determina sempre a existência de um prejuízo da reputação económica dos concorrentes, sendo censurável apenas a denegrição desnecessária (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2011, p. 272). O fundamento da licitude da publicidade comparativa reside na informação dos consumidores e na transparência do mercado, enquanto elementos determinantes da racionalidade das decisões económicas.

Como reconheceu precursoramente o Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *GB-INNO-BM*, relativo à comparação de preços, o direito dos consumidores à informação viria a ser decisivo para a consagração da licitude, em detrimento do interesse dos concorrentes (acórdão de 7 de março de 1990, processo n.º C-362/88). Assim se justifica que posteriormente, no caso *Pippig Augenoptik*, o Tribunal de Justiça da União Europeia tenha afirmado que “as condições exigidas para a publicidade comparativa devem ser interpretadas no sentido mais favorável a esta”, sendo a respetiva licitude apreciada “exclusivamente à luz dos critérios fixados pelo legislador comunitário”, em conformidade com a harmonização máxima da Diretiva 97/55/CE (acórdão de 8 de abril de 2003, processo n.º C-44/01).

Mas a licitude da publicidade comparativa assenta, desde logo, na aplicabilidade da liberdade de expressão enunciada no artigo 10.º da CEDH à atividade económica. Neste sentido, a propósito da disciplina da concorrência desleal vigente no ordenamento jurídico austríaco, no caso *Krone Verlag GmbH & Co KG c. Áustria*, n.º 39069/97, 11 de março de 2004, o TEDH considerou que violava o princípio da proporcionalidade a tutela da reputação dos agentes económicos em detrimento da informação dos consumidores resultante da proibição da comparação de preços.

No ordenamento jurídico português, após a transposição da Diretiva 2005/29/CE, à semelhança do que se verifica relativamente à publicidade enganosa, o artigo 16.º do CPub aplica-se hoje apenas às relações entre profissionais, de acordo com o disposto no artigo 43.º do CPub. Não obstante, considerando que a disciplina da publicidade comparativa visa cumulativamente a proteção dos concorrentes e dos consumidores, no artigo 16.º n.º 2 do CPub são desnecessárias as referências à proibição de engano na alínea

a), à proibição de confusão na alínea d), à proibição de denegrição na alínea e) e à proibição de aproveitamento da reputação na alínea g), na medida em que correspondem a atos genericamente proibidos pela concorrência desleal e pelo regime jurídico das práticas comerciais desleais. Nas relações com consumidores, a publicidade comparativa dispensa agora a substituíbilidade dos produtos ou serviços e a objetividade da comparação, previstas nas alíneas b) e c), cujo âmbito de aplicação se restringe às relações entre profissionais. Em conformidade com a garantia da liberdade de expressão e com a evolução para a dimensão emocional e simbólica da publicidade, passa a considerar-se lícita nas relações com consumidores a publicidade comparativa que realiza um confronto subjetivo das prestações (AMORIM, 2018, p. 113).

4.2.3. Especial vulnerabilidade dos menores

Para os efeitos do artigo 10.º n.º 2 da CEDH, fica igualmente abrangida pela necessidade de proteção dos “direitos de outrem”, a tutela da especial vulnerabilidade dos menores no contexto da atividade económica. O regime jurídico da publicidade dirigida a menores visa acautelar o aproveitamento da sua vulnerabilidade psicológica, que coincide com uma menor capacidade crítica face aos conteúdos promocionais, tendo fundamento no ordenamento jurídico português nos artigos 69.º e 70.º da CRP, relativos à proteção da infância e da juventude.

O artigo 14.º n.º 1 do CPub prevê que “a publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se, nomeadamente, de: a) incitar diretamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço; b) incitar diretamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão; c) conter elementos suscetíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência; d) explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores”. A alínea e) do artigo 12.º do DL PCD qualifica como agressiva em qualquer circunstância a prática comercial que consiste em “incluir em anúncio publicitário uma exortação direta às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados”. Ou seja, importa distinguir a abordagem dos menores como consumidores-alvo, que integra uma hipótese de assédio, e como consumidores-intermediários, através da manipulação do núcleo familiar, que constitui influência indevida.

Acresce que a delimitação do âmbito de aplicação das referidas normas resulta do tipo de produto anunciado, das características da mensagem publicitária – em especial, do recurso a linguagem dirigida ao público infantil – e de outras circunstâncias, como a sua inserção entre determinados programas. A propósito da garantia da liberdade de expressão, o TEDH tem afirmado genericamente a necessidade de atender ao impacto da comunicação nos menores, como se verifica nos casos *Kuliś e Różycki c. Polónia*, n.º 27209/03, 6 de outubro de 2009 e *Mouvement Raëlien Suisse c. Suíça*, n.º 16354/06, 13 de julho de 2012.

Por fim, de acordo com a margem de apreciação dos Estados para determinar a necessidade e a extensão das restrições ao artigo 10.º da CEDH, subsistem no ordenamento jurídico português outras restrições ao conteúdo da publicidade que visam acautelar a especial vulnerabilidade dos menores. Assim, nos termos do n.º 2 do artigo 14.º do CPub, “os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação direta entre eles e o produto ou serviço veiculado”. Esta relação direta afere-se em função do destino, natureza, interesse ou utilização do produto ou serviço pelos menores, pelo que deve atender-se também à faixa etária representada no anúncio. Na medida em que o legislador visa evitar a instrumentalização das crianças no contexto da atividade económica, fica excluída do âmbito de aplicação da norma a intervenção secundária ou de mera figuração. Esta preocupação não existe noutros sistemas de direito comparado, onde os menores podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias, o que suscita problemas considerando o recurso à Internet como suporte publicitário.

4.3. Proteção de interesses gerais

Constitui ainda fundamento da restrição da liberdade de expressão na atividade económica a proteção de interesses gerais, que concretizam predominantemente a garantia da dignidade da pessoa humana, em que assenta a própria CEDH. Perante a crescente globalização dos mercados, a dignidade da pessoa humana oferece um parâmetro de aferição do conteúdo das mensagens publicitárias (AMORIM, 2017, p. 56). Face ao abandono da natureza eminentemente informativa da comunicação comercial e à evolução para a dimensão emocional e simbólica, a proibição da publicidade violenta e da publicidade discriminatória assume hoje um papel relevante no quadro da delimitação da liberdade de expressão dos anunciantes.

Ao proibir a publicidade violenta, o legislador protege o direito à integridade pessoal, enunciado no artigo 25.º da CRP, segundo o qual “a integridade moral e física das pessoas é inviolável”. Mas o apelo à violência na comunicação comercial seria, desde logo, incompatível com a ideia de Estado de Direito e com a convivência pacífica inerente a uma sociedade democrática. Desta forma, nos termos da alínea b) do n.º 2 do artigo 7.º do CPub, é proibida a publicidade que “estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer atividade ilegal ou criminosa”. O incitamento à violência tem sido amplamente censurado pelo TEDH, como resulta no contexto político do caso *Sürek c. Turquia*, n.º 26682/95, 8 de julho de 1999. Também no caso *Leroy c. França*, n.º 36109/03, 2 de outubro de 2008, relativo à apologia do terrorismo, o TEDH considerou existir uma restrição necessária da liberdade de expressão.

Já a proibição da publicidade discriminatória concretiza o princípio da igualdade, enunciado no artigo 13.º da CRP, segundo o qual “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei” (n.º 1) e “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual” (n.º 2), mas também o direito à proteção contra “quaisquer formas de discriminação”, previsto no artigo 26.º n.º 1 da CRP. Nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 7.º do CPub, é proibida a publicidade que “contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo”. A violação desta norma assenta frequentemente na discriminação em relação ao sexo, que face ao elenco previsto pelo legislador constitui um dos fatores historicamente mais relevantes. Neste sentido, constava expressamente do artigo 23.º do CPub de 1980 e do artigo 23.º do CPub de 1983 a proibição de “veicular a ideia de inferioridade ou subalternidade da mulher em relação ao homem ou reduzir a mesma ao seu papel doméstico tradicional” (n.º 1) e de utilizar a “imagem da mulher como mero objeto da promoção de bens ou serviços de que não é exclusiva consumidora” (n.º 2).

A centralidade desta preocupação resulta igualmente da *Resolução sobre o impacto do marketing e da publicidade na igualdade entre homens e mulheres*, de 3 de setembro de 2008, onde o Parlamento Europeu afirma que “a publicidade que veicula mensagens discriminatórias e/ou degradantes com base no género e em todas as formas de estereótipo de género constitui um obstáculo a uma sociedade moderna e igualitária”. Posteriormente, no *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos*

consumidores, de 23 de novembro de 2010, volta a reconhecer a necessidade de garantir “o respeito da dignidade humana, sem discriminações de género, religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual” (ponto 32).

Também o TEDH tem censurado qualquer forma de discriminação assente no exercício da liberdade de expressão, designadamente, no caso *Vejdeland e outros c. Suécia*, n.º 1813/07, 9 de fevereiro de 2012, a propósito da orientação sexual, no caso *Norwood c. Reino Unido*, n.º 23131/03, 16 de novembro de 2004, relativo à religião e no caso *Jersild c. Dinamarca*, n.º 15890/89, 23 de setembro de 1994, relativo à raça. Na verdade, de acordo com o disposto no artigo 17.º da CEDH, a liberdade de expressão não pode ser usada para lesar outros direitos protegidos. Ora, o artigo 14.º da CEDH e o Protocolo n.º 12 consagram a proibição de discriminação fundada no “sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou outra situação”.

Ainda no quadro do princípio da licitude, o legislador português consagrou a contrariedade ao bom gosto e decência, proibindo na alínea f) do n.º 2 do artigo 7.º do CPub a publicidade que “utilize linguagem obscena”. Paralelamente, nos termos do artigo 1.º do DL n.º 254/76, de 7 de abril, que estabelece medidas relativas à publicação e comercialização de objetos e meios de comunicação social de conteúdo pornográfico, “é proibido afixar ou expor em montras, paredes ou em outros lugares públicos, pôr à venda ou vender, exhibir, emitir ou por outra forma dar publicidade a cartazes, anúncios, avisos, programas, manuscritos, desenhos, gravuras, pinturas, estampas, emblemas, discos, fotografias, filmes e em geral quaisquer impressos, instrumentos de reprodução mecânica e outros objetos ou formas de comunicação audiovisual de conteúdo pornográfico ou obsceno” (n.º 1), considerando-se como tal aqueles que “contenham palavras, descrições ou imagens que ultrajem ou ofendam o pudor público ou moral pública” (n.º 2).

Na medida em que o seu conteúdo fica dependente das conceções morais, sociais, culturais e religiosas em cada momento vigentes, a proibição da contrariedade ao bom gosto e decência deve abranger hipóteses meramente residuais, sobretudo num contexto de internacionalização dos mercados. Estas restrições à liberdade de expressão dos anunciantes justificam-se, para os efeitos do artigo 10.º n.º 2 da CEDH, pela necessidade de “proteção da moral”. No caso *Müller e outros c. Suíça*, n.º 10737/84, 24 de maio de 1988, o TEDH considerou que a proibição da difusão de imagens obscenas não constitui violação da liberdade de expressão, dado que a proteção da moral deve ser especialmente acautelada quando a mensagem está acessível ao público em geral. Ou seja, aborda

paralelamente a tutela da vulnerabilidade dos menores, como tinha resultado já do caso *Handyside c. Reino Unido*, n.º 5493/72, 7 de dezembro de 1976. O TEDH reconheceu ainda a maior margem de apreciação dos Estados face à proteção da moral, no caso *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda*, n.º 14234/88 e n.º 14235/88, 29 de outubro de 1992, sobre a difusão de informação relativa ao aborto.

Outras formas de proteção do interesse público resultam da alínea a) do n.º 2 do artigo 7.º do CPub, que proíbe a publicidade depreciativa de “instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas”. De acordo com o artigo 11.º n.º 1 e 2 da CRP são símbolos nacionais a bandeira e o hino, que a par da língua constituem elementos da identidade portuguesa. Importa salientar que o carácter depreciativo deve ser avaliado segundo um critério objetivo. Acresce que nos termos da alínea g) do n.º 2 do artigo 7.º do CPub, é também proibida a publicidade que “encoraje comportamentos prejudiciais à proteção do ambiente”. Desta forma, a norma reitera o disposto no artigo 66.º da CRP, pelo que a comunicação comercial deve garantir o respeito pelo equilíbrio ambiental, não promovendo comportamentos que aumentem o nível de poluição, a destruição da natureza e dos recursos.

A doutrina tem afirmado que, atento o valor normativo direto dos preceitos constitucionais, as normas de remissão resultantes do princípio da licitude podiam ter sido dispensadas (CUESTA RUTE, 1989, p. 59).

5. Considerações finais

A publicidade assume um papel determinante no processo de comercialização, como instrumento da diferenciação emocional dos profissionais e do próprio consumo simbólico, deixando de relevar apenas como mecanismo de escoamento da produção. Estabelecida a sua proteção ao abrigo do artigo 10.º da CEDH, importa ponderar as restrições à liberdade de expressão dos agentes económicos face à necessidade de acautelar fins legítimos.

As restrições relativas ao objeto das mensagens emitidas pelos profissionais no contexto da atividade económica têm natureza taxativa e carácter sectorial, visando sobretudo a proteção da saúde e a defesa do crédito. Atendendo ao princípio da proporcionalidade, a proibição absoluta da publicidade apenas se pode justificar em casos pontuais, como o do tabaco e de alguns medicamentos, dado que a garantia de interesses gerais parece ser suficientemente acautelada, em regra, pelo cumprimento dos deveres de informação a que ficam obrigados os profissionais. Também a autorização prévia da

publicidade, genericamente incompatível com a proibição da censura, se justifica apenas em sectores de atividade dotados de especial complexidade e tecnicidade. Desnecessárias parecem ser algumas restrições relativas ao suporte das mensagens, nomeadamente os limites ao tempo reservado à publicidade na televisão e na rádio.

Já as restrições relativas ao conteúdo das mensagens coincidem com a valoração concreta de um anúncio em função da proteção de determinados interesses e aplicam-se independentemente do sector de atividade em causa. Neste contexto, releva a margem de apreciação dos Estados para determinar a necessidade e a extensão das restrições ao exercício da liberdade de expressão, especialmente em matéria comercial e no domínio da publicidade, como tem sido reconhecido pela jurisprudência do TEDH. Ora, a tutela da lealdade nas relações de mercado convoca a necessidade de proteção dos interesses privados dos agentes económicos, sobretudo ao nível da reputação económica e dos segredos comerciais, de acordo com o disposto no CPI. Acresce que a regulação da comunicação comercial resultante do CPub e do DL PCD visa sobretudo o direito à informação dos consumidores, que para efeitos da garantia da racionalidade das suas decisões económicas, se manifesta na proibição da publicidade enganosa e na licitude da publicidade comparativa. No entanto, a tendência para diminuir o âmbito de aplicação de alguns regimes jurídicos – justificada sobretudo pela transição para a era digital – acautela o exercício da liberdade de expressão. Esta natureza valorativa das restrições relativas ao conteúdo das mensagens manifesta-se também na proteção da moral, concretizada na proibição da contrariedade ao bom gosto e decência, que deve abranger hoje hipóteses meramente residuais. Menos dúvidas parece suscitar a proibição da publicidade violenta e da publicidade discriminatória.

Em suma, uma vez reconhecida a garantia da liberdade de expressão na atividade económica, as restrições resultantes da regulação da comunicação comercial devem ser sempre ponderadas restritivamente.

Bibliografia

- AMORIM, Ana Clara Azevedo de, *Parasitismo económico e direito*, Almedina, Coimbra, 2009.
— *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017.
— *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, volume LXXVIII, 2002, pp. 43-64.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002.

BAUDRILLARD, Jean, *A sociedade de consumo*, Edições 70, Lisboa, 1995.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (coordenação), *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Aranzadi, Navarra, 2011.

BROWN, Ralph, “Advertising and the public interest: legal protection of trade symbols”, *The Yale Law Journal*, volume 57, n.º 7, junho de 1948, pp. 1165-1206.

BURST, Jean-Jacques, *Concurrence déloyale et parasitisme*, Dalloz, Paris, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CUESTA RUTE, José María, “Observaciones sobre la Ley General de Publicidad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXVIII, n.º 4, 1989, pp. 51-104.

EMMERICH, Volker, *Unlauterer Wettbewerb*, 9.ª edição, Verlag C. H. Beck, Munique, 2012.

FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 2, 1975, pp. 369-391.

FONT GALÁN, Juan Ignacio, “La crisis de la relación de competencia como presupuesto de aplicación de la cláusula general de la competencia *desleal*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 72, 1986/1987, pp. 231-254.

GALAN CORONA, Eduardo, “Supuestos de competencia desleal por violación de secretos”, AA.VV., *La regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, Boletín Oficial del Estado, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1992, pp. 91-105.

GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 17, ano 8, janeiro/abril de 2004, pp. 47-81.

HENNING-BODEWIG, Frauke, “Werbung mit der Realität oder wettbewerbswidrige Schockwerbung?”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, ano 98, n.º 12, dezembro de 1993, pp. 950-953.

KÖHLER, Helmut; BORNKAMM, Joachim, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 31.ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 2013.

LAMPREIA, Joaquim Martins, *A publicidade moderna*, 4.ª edição, Editorial Presença, Lisboa, 1995.

LARA GONZÁLEZ, Rafael, *La denigración en el derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 2007.

MACHADO, Jónatas, *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Studia Iuridica, n.º 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

MASSAGUER FUENTES, José, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999.

OELFFEN, Sabine Friederike von, § 5a UWG – Irreführung durch Unterlassen – Ein neuer Tatbestand im UWG, Carl Heymanns Verlag, Colónia, 2012.

PINTO, Paulo Mota, *Direito da Publicidade*, edição policopiada, Centro de Direito do Consumo / Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma Maía, *El Derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996.

ROUBIER, Paul, *Le droit de la propriété industrielle*, Recueil Sirey, Paris, 1952.

SCHRICKER, Gerhard, *Recht der Werbung in Europa*, tomo I, *Einführung in das Recht der Werbung internationales und EWG-Recht*, Edition ZAW, Bona, 1990.

SEYBOLD, Patricia, *The customer revolution*, Business Books, Londres, 2002.

TATO PLAZA, Anxo, “Prácticas comerciales engañosas con los consumidores”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, n.º 29, 2008/2009, pp. 529-572.

VERÍSSIMO, Jorge, *A publicidade da Benetton: um discurso sobre o real*, Edições Minerva, Coimbra, 2001.

Jurisprudência TEDH

Handyside c. Reino Unido, n.º 5493/72, 7 de dezembro de 1976

Barthold c. Alemanha, n.º 8734/79, 25 de março de 1985

Müller e outros c. Suíça, n.º 10737/84, 24 de maio de 1988

Markt intern Verlag GmbH e Klaus Beermann c. Alemanha, n.º 10572/83, 20 de novembro de 1989

Groppera Radio AG e outros c. Suíça, n.º 10890/84, 28 de março de 1990

Autronic AG c. Suíça, n.º 12726/87, 22 de maio de 1990

Observer e Guardian c. Reino Unido, n.º 13585/88, 26 de novembro de 1991

Thorgeir Thorgeirson c. Islândia, n.º 13778/88, 25 de junho de 1992

Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda, n.º 14234/88 e n.º 14235/88, 29 de outubro de 1992

Casado Coca c. Espanha, n.º 15450/89, 24 de fevereiro de 1994

Jacobowski c. Alemanha, n.º 15088/89, 23 de junho de 1994

Jersild c. Dinamarca, n.º 15890/89, 23 de setembro de 1994

Hertel c. Suíça, n.º 59/1997/843/1049, 25 de agosto de 1998

Sürek c. Turquia, n.º 26682/95, 8 de julho de 1999

Jerusalem c. Áustria, n.º 26958/95, 27 de fevereiro de 2001

VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suíça, n.º 24699/94, 28 de junho de 2001

Christine Goodwin c. Reino Unido, n.º 28957/95, 11 de julho de 2002

Krone Verlag GmbH & Co KG c. Áustria, n.º 39069/97, 11 de março de 2004

Norwood c. Reino Unido, n.º 23131/03, 16 de novembro de 2004
Vajnai c. Hungria, n.º 33629/06, 8 de julho de 2008
Leroy c. França, n.º 36109/03, 2 de outubro de 2008
Khurshid Mustafa e Tarzibachi c. Suécia, n.º 23883/06, 16 de dezembro 2008
Kuliś e Różycki c. Polónia, n.º 27209/03, 6 de outubro de 2009
RTBF c. Bélgica, n.º 50084/06, 29 de março 2011
UJ c. Hungria, n.º 23954/10, 19 de julho de 2011
Vejdeland e outros c. Suécia, n.º 1813/07, 9 de fevereiro de 2012
Mouvement Raëlien Suisse c. Suíça, n.º 16354/06, 13 de julho de 2012

Legislação portuguesa

Constituição da República Portuguesa (CRP)

Código da Propriedade Industrial (CPI)

Código da Publicidade (CPub)

DL n.º 254/76, de 7 de abril

DL n.º 298/92, de 31 de dezembro

DL n.º 105/98, de 24 de abril

DL n.º 486/99, de 13 de novembro

DL n.º 304/2001, de 26 de novembro

DL n.º 68/2004, de 25 de março

DL n.º 176/2006, de 30 de agosto

DL n.º 57/2008, de 26 de março

DL n.º 211-A/2008, de 3 de novembro

DL n.º 133/2009, de 2 de junho

DL n.º 238/2015, de 14 de outubro

DL n.º 74-A/2017, de 23 de junho

Lei n.º 27/2007, de 30 de julho

Lei n.º 37/2007, de 14 de agosto

Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro

Lei n.º 2/2013 de 10 de janeiro