

A crise humanitária como tema publicitário: algumas questões éticas e jurídicas

The humanitarian crisis as an advertising subject: some ethical and legal questions

La crisis humanitaria como tema publicitario: algunas cuestiones éticas y jurídicas

Ana Amorim

Universidade Portucalense

https://doi.org/10.14195/2183-5462_34_15

Resumo

Face à globalização dos mercados e à dimensão eminentemente emocional e simbólica das decisões económicas, o recurso à crise humanitária como tema publicitário, que voltou a verificar-se recentemente numa campanha da Benetton, recupera o problema da dignidade da pessoa humana enquanto valor absoluto universal conformador do conteúdo das mensagens. O respeito pela dignidade da pessoa humana enquadra-se no princípio da licitude previsto no regime jurídico da publicidade. Na era digital, apesar da escassa celeridade e eficácia dos mecanismos sancionatórios tradicionais da publicidade ilícita, a lesão de valores constitucionais na comunicação comercial tende a desencadear uma tutela informal, que constitui manifestação da consciência ética da comunidade.

Palavras-chave

campanhas publicitárias; crise humanitária; princípio da licitude; dignidade; ideologias

Abstract

In the face of markets globalization and the eminently emotional and symbolic dimension of economic decisions, the use of humanitarian crisis as an advertising subject, which occurred again recently in a Benetton's campaign, retrieves the problem of human dignity as an absolute universal value defining the content of messages. The respect of human dignity is covered by the principle of lawfulness provided on advertising legal framework. In the digital era, despite the scarce promptness and effectiveness of traditional sanctioning mechanisms against unlawful advertising, the infringement of constitutional standards in commercial communication tends to cause an informal protection, which is a manifestation of the community ethical conscience.

Keywords

advertising campaigns; humanitarian crisis; principle of lawfulness; dignity; ideologies

Resumen

Ante la globalización de los mercados y la dimensión eminentemente emocional y simbólica de las decisiones económicas, el recurso a la crisis humanitaria como tema publicitario, que volvió recientemente a constatarse en una campaña de Benetton, recupera el problema de la dignidad de la persona humana como valor absoluto universal conformador del contenido de los mensajes. El respeto de la dignidad de la persona humana se enmarca en el principio de licitud previsto en el régimen jurídico de la publicidad. En la era digital, a pesar de la escasa celeridad y eficacia de los mecanismos sancionadores tradicionales de la publicidad ilícita, la lesión de valores constitucionales en la comunicación comercial tiende a desencadenar una tutela informal, que constituye manifestación de la conciencia ética de la comunidad.

Palabras Clave

campañas publicitarias; crisis humanitaria; principio de licitud; dignidad; ideologías

1. Enquadramento

A publicidade assume um papel determinante no processo de comercialização, como instrumento da diferenciação dos profissionais e da própria dimensão simbólica do consumo, deixando de relevar apenas como mecanismo de escoamento da produção. Mas assume igualmente um papel determinante na construção das ideologias, tendências e expectativas dominantes em cada época histórica, especialmente quando abandona o recurso a argumentos de natureza técnica e funcional, relativos às características demonstráveis e aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, passando a convocar sobretudo a componente emocional da decisão de transação.

Em 17 de junho de 2018, a Benetton publicou nas redes sociais duas fotografias de refugiados resgatados no Mar Mediterrâneo (Figuras 1 e 2).



Figura 1

Fonte - <https://www.instagram.com/benetton>



Figura 2

Fonte - <https://www.instagram.com/benetton>

Esta utilização da crise humanitária como tema publicitário foi objeto de polémica, à semelhança do que se verificou nos anos 80 e 90 do século XX, quando num movimento de rutura com a publicidade tradicional, as campanhas da Benetton passaram a incidir sobre as questões raciais e a xenofobia, os conflitos armados, a SIDA e as agressões ambientais, que constituíam alguns dos assuntos políticos e sociais mais controversos (Veríssimo, 2001, p. 46).

Ora, o regime jurídico da publicidade funda-se axiologicamente na proteção dos consumidores consagrada no artigo 60.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) que abrange, entre outros, o direito à informação e a garantia dos interesses económicos (n.º 1), proibindo a “publicidade oculta, indireta ou dolosa” (n.º 2). Na medida em que a tutela dos anunciantes assenta na liberdade de expressão e informação (artigo 37.º da CRP) e na garantia da iniciativa económica privada (artigo 61.º da CRP), a regulação da comunicação comercial – em especial, as restrições ao conteúdo das mensagens – deve, de acordo com o princípio da proporcionalidade, “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (artigo 18.º n.º 2 da CRP). Ao nível legislativo, resulta sobretudo do Código da Publicidade (doravante CPub) e do regime jurídico das práticas comerciais desleais, aprovado pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março (doravante DL PCD), na sequência da transposição da Diretiva 2005/29/CE.

Num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação, importa ponderar o recurso à crise humanitária como tema publicitário, numa dupla perspetiva ética e jurídica. Assim, depois de delimitado o conceito legal de publicidade, serão abordadas as principais questões suscitadas pela transição para a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial, bem como a garantia de valores constitucionais e os mecanismos sancionatórios da publicidade ilícita.

2. Conceito legal de publicidade

Influenciado pela orientação comunitária consagrada na Diretiva 84/450/CEE, o ordenamento jurídico nacional adotou uma noção ampla de publicidade, que é independente do “suporte utilizado para a sua difusão” (artigo 1.º do CPub) e coincide com “qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços” e de “promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições” (artigo 3.º n.º 1 do CPub). Esta definição viria a ser reiterada pelo artigo 1.º n.º 4 alínea a) da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, que regula a publicidade por via postal, distribuição direta, telefone e telecópia. Acresce que “a publicidade e a promoção comercial” cabem expressamente no conceito de prática comercial enunciado no artigo 3.º alínea d) do DL PCD.

Desta forma, o legislador afastou a perspetiva tradicional, que faz depender a publicidade do recurso aos meios de comunicação de massas e da remuneração do titular do suporte. A par dos elementos objetivo e subjetivo, o conceito legal centra-se na finalidade persuasiva da mensagem, que tem sido maioritariamente privilegiada pela doutrina para efeitos da qualificação como publicidade (Almeida, 1985, p. 129). Esta dimensão teleológica não coincide com a intenção do anunciante, nem com a natureza promocional percebida pelos destinatários. O que importa aferir é a idoneidade da mensagem para promover produtos ou serviços, bem como ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

Assim, ficam hoje abrangidas pelo conceito legal de publicidade as modalidades emergentes da decadência dos meios de comunicação de massas, como a venda porta-a-porta e a venda por correspondência, nomeadamente através de catálogos, bem como a publicidade por telefone e telecópia, que constituem as principais manifestações do marketing direto. Com a generalização do recurso à Internet, fica também abrangida a comunicação difundida pelos anunciantes através dos influenciadores digitais – especialmente, nos blogues pessoais e nas redes sociais – ou fenómenos mais recentes como o marketing viral. No conceito legal, incluem-se ainda as relações públicas, cujo incremento tem assentado na credibilidade das mensagens que não são imediatamente percebidas como publicidade.

De facto, atenta a permanente evolução das modalidades de comunicação comercial, apenas uma noção ampla permite garantir cabalmente os “princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos dos consumidores” (artigo 6.º do CPub). Pelo contrário, a opção por um critério formal, como as condições contratuais estabelecidas entre o anunciante e os titulares dos suportes, sacrificaria injustificadamente a proteção dos destinatários. Neste sentido, a difusão da mensagem a título gratuito não deve prejudicar a necessidade de dar cumprimento ao regime jurídico da publicidade (Amorim, 2018, p. 40).

3. A transição para a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial

A partir da segunda metade do século XX, perante os primeiros sinais de excesso de oferta na generalidade dos sectores de atividade, o escoamento de uma pro-

dução indiferenciada e o crescimento do consumo passaram a estar dependentes da comunicação comercial de massas, que começou a generalizar-se não só na imprensa e no exterior mas também progressivamente na rádio, na televisão e no cinema. 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. No quadro do modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas, que postulam a racionalidade das decisões de consumo, este predomínio dos argumentos de natureza técnica e funcional permite a maximização da utilidade e a minimização dos custos. Ao nível legislativo, justifica a centralidade da publicidade enganosa resultante atualmente dos artigos 10.º e 11.º do CPub e dos artigos 7.º a 9.º do DL PCD, que incidem sobre elementos objetivos da oferta – como as vantagens, os riscos, a execução, a composição, o modo de fabrico, as garantias de conformidade, as utilizações, as especificações e a origem geográfica – ou ainda sobre o preço e outras condições de aquisição (Amorim, 2015, p. 169).

No entanto, com a emergência da gestão estratégica de marketing, a constatação do carácter funcionalmente indiferenciado das várias ofertas disponíveis e a recusa do referido modelo de comportamento determinaram 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 visa, desta forma, a diferenciação emocional ou simbólica face à concorrência, que é especialmente significativa nos sectores de atividade caracterizados pela inexistência de barreiras comerciais, tecnológicas ou financeiras à entrada, como a moda.

Neste contexto, desenvolve-se igualmente a comunicação de marca, que visa criar envolvimento através de associações positivas suscetíveis de acrescentar valor e significado à vida dos consumidores. Este envolvimento potencia a repetição da compra, pelo que se manifesta sobretudo face à dificuldade de construir relacionamentos de longo prazo com os consumidores. Os anúncios salientam agora elementos extrínsecos aos produtos, convocando, designadamente, 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 pertença ou de referência.

É também no quadro desta mudança de paradigma 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 de alguns sectores de atividade. Acresce que a eficácia da comunicação comercial depende sobretudo da criatividade e do impacto criado nos destinatários e já não do carácter repetido e permanente dos anúncios. A recente campanha da Benetton que recorreu à crise humanitária como tema publicitário, através da publicação nas redes sociais de duas fotografias de refugiados resgatados no Mar Mediterrâneo, constitui um exemplo desta mudança de paradigma.

3.1. Evolução do apelo a sentimentos e tendência de liberalização

A recusa do apelo a sentimentos na comunicação comercial coincide historicamente com a crença na racionalidade das decisões de consumo. À medida que o conteúdo das mensagens foi deixando de ter conexão com os produtos e passou a incidir sobre assuntos políticos e sociais controversos, a doutrina e a jurisprudência alemãs começaram a censurar a publicidade chocante com fundamento no princípio da prestação (*Leistungswettbewerb*). De acordo com este princípio, a concorrência entre agentes económicos deve assentar nos elementos objetivos da oferta, garantindo-se a liberdade de escolha dos consumidores e o funcionamento correto do mercado (Henning-Bodewig, 1993, p. 953). Assim se justificou a proibição do apelo a sentimentos na comunicação comercial, dominante na generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus pelo menos até ao final do século XX.

No entanto, na transição para uma nova abordagem jurídica da publicidade, a liberalização do apelo a sentimentos resulta da inexistência de fundamento constitucional para uma proibição genérica. Afastada a crença na racionalidade das decisões de consumo, a mera ausência de conexão com o produto – que caracterizava a publicidade chocante e que se verifica hoje frequentemente no marketing viral – parece constituir uma opção legítima dos anunciantes, cuja liberdade publicitária se funda axiologicamente na liberdade de expressão e informação (artigo 37.º da CRP) e na iniciativa económica privada (artigo 61.º da CRP). Daqui decorre que a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial não determina a existência de uma categoria de ilícito publicitário, aplicável genericamente na ausência de outras valorações (Amorim, 2017, p. 422).

Assim, com a generalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial, diminui progressivamente o âmbito de aplicação do regime jurídico vigente, centrado na proibição da publicidade enganosa. De facto, os anúncios invocam atualmente sobretudo benefícios emocionais e simbólicos do consumo de determinado produto ou serviço, que não correspondem às alegações “exatas e passíveis de prova” sobre que incide o artigo 10.º n.º 2 do CPub. Segundo a doutrina maioritária, a aplicabilidade do princípio da veracidade, em que assenta a proibição da publicidade enganosa, restringe-se às expressões concretas e comprováveis, relativas a circunstâncias objetivas, excluindo apreciações meramente subjetivas, como os juízos estéticos ou as considerações relativas a gostos pessoais (Fernández-Novoa, 1975, p. 378).

Desta forma, começa a verificar-se igualmente uma redefinição da própria publicidade, que para efeitos do comércio eletrónico exclui já as “mensagens que se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador económico ou identifiquem objetivamente bens, serviços ou a imagem de um operador, em coletâneas ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação”, nos termos do artigo 20.º n.º 1 alínea a) do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro. O alcance prático desta opção legislativa coincide com a descrição dos produtos nos sítios eletrónicos que funcionam como ponto de venda.

No entanto, importa referir que a tendência de liberalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial tem como exceções a exploração do medo, da ansiedade, da insegurança ou do sentimento de culpa dos destinatários, que integra o conceito de coação para efeitos da qualificação como práticas comerciais agressi-

vas (artigo 11.º do DL PCD) e a violação do princípio da licitude, que tem adquirido progressiva centralidade na regulação do conteúdo das mensagens publicitárias.

3.2. O princípio da licitude como garantia de valores constitucionais

Face ao aumento exponencial da concorrência num quadro de globalização dos mercados, o apelo a sentimentos redonda por vezes numa desconformidade com o artigo 7.º n.º 1 do CPub, que proíbe “a publicidade que, pela sua forma, objeto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados”. Também em sede de autodisciplina, para efeitos do princípio da legalidade, o artigo 5.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária estabelece que “a comunicação comercial deve respeitar os valores, direitos e princípios reconhecidos na Constituição e na restante legislação aplicável”.

O artigo 7.º n.º 2 do CPub consagra a título exemplificativo um conjunto de hipóteses de violação do princípio da licitude. Na medida em que os preceitos constitucionais têm valor normativo direto, as normas de remissão podiam ter sido dispensadas, como reconhece predominantemente a doutrina espanhola face ao ordenamento jurídico que inspirou a redação do diploma nacional (Cuesta Rute, 1989, p. 59). Recorde-se ademais que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é hoje pacificamente aceite, tendo consagração expressa, entre nós, no artigo 18.º n.º 1 da CRP.

Serão abordadas as hipóteses de violação do princípio da licitude em causa no recurso à crise humanitária como tema publicitário, que traduzem restrições ao conteúdo das mensagens publicitárias. No quadro desta abordagem jurídica, serão igualmente analisadas as normas emanadas pelos organismos profissionais em sede de autodisciplina, cuja acentuada componente ética e de responsabilidade social conduz quase sempre ao equilíbrio adequado dos interesses dos profissionais, dos consumidores, do mercado publicitário e da sociedade em geral (Gómez Segade, 1980, p. 161).

3.2.1. A dignidade da pessoa humana

A alínea c) do n.º 2 do artigo 7.º do CPub proíbe a publicidade que “atente contra a dignidade da pessoa humana”, reiterando o disposto no artigo 1.º da CRP, segundo o qual “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Também o artigo 8.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária, relativo à responsabilidade social, prevê que “a comunicação comercial deve respeitar a dignidade da pessoa humana e não deve incitar ou veicular qualquer forma de discriminação, seja ela fundada em questões raciais, de nacionalidade, de origem religiosa, género, etária, deficiência física ou orientação sexual”.

Num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação, a dignidade da pessoa humana deve considerar-se determinante da regulação da comunicação comercial, tendo concretização em várias normas legais, como as que proíbem a publicidade violenta ou a publicidade discriminatória. Mas pode ser também

objeto de aplicação direta uma vez que, perante a crescente globalização dos mercados, oferece um parâmetro de aferição do conteúdo das mensagens publicitárias difundidas numa rede aberta. Recorde-se que face ao movimento de rutura iniciado pelas campanhas da Benetton nos anos 80 e 90 do século XX, a dignidade da pessoa humana já tinha sido invocada pela doutrina e jurisprudência alemãs como fundamento da proibição da publicidade chocante em sede de concorrência desleal (Schlieper, 2011, p. 114).

A violação do princípio da licitude face à dignidade da pessoa humana depende, desde logo, do recurso ao consumidor médio e não a grupos de pessoas especialmente vulneráveis. Este critério traduz, segundo a Diretiva 2005/29/CE, o “consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística” (Considerando 18). Acresce que no ordenamento jurídico espanhol têm sido enunciados parâmetros complementares, cuja relevância se manifesta sobretudo nas hipóteses de lesão indireta ou implícita de valores constitucionais (Martínez Escribano, Herrero Suárez, Martín García & Hernández-Rico, 2015, p. 96). Com interesse para o caso da campanha da Benetton, importa referir que a probabilidade de violação é menor se a situação apresentada na campanha publicitária for imaginária ou irreal, nomeadamente, com recurso ao humor.

Daqui decorre que as fotografias publicadas em 17 de junho de 2018, enquanto retrato da crise humanitária que afetou os refugiados no Mar Mediterrâneo, parecem constituir uma inaceitável instrumentalização da pessoa a finalidades comerciais. No entanto, para efeitos do princípio da proporcionalidade enunciado no artigo 18.º n.º 2 da CRP, deve ser ponderada a prevalência do interesse público inerente ao tema da referida campanha. De facto, mais do que invocar a liberdade publicitária dos anunciantes relativa ao conteúdo das mensagens ou o aproveitamento económico das imagens, haverá que ponderar se esta campanha representa – como tem invocado a própria Benetton – um contributo útil para a reflexão sobre os assuntos atuais mais controversos. Acresce que o Estado deve assumir deveres de proteção de pessoas em situações especiais propícias a atentados graves à dignidade, como acontece com os refugiados (Canotilho & Moreira, 2007, p. 199).

A ilicitude da comunicação comercial que adota como tema publicitário a crise humanitária pode ainda resultar da contrariedade ao bom gosto e decência. Porém, na medida em que o conteúdo do bom gosto e decência fica dependente das concepções morais, sociais, culturais e religiosas em cada momento vigentes, esta proibição deve abranger hipóteses meramente residuais, como o recurso a linguagem obscena consagrado do artigo 7.º n.º 2 alínea f) do CPub ou a publicidade de conteúdo pornográfico, nos termos do artigo 1.º n.º 1 do DL n.º 254/76, de 7 de abril. Na verdade, apesar de não integrar diretamente um valor suscetível de justificar restrições aos direitos, liberdades e garantias, o conceito de “moral pública constitucional” pode ser construído a partir da dignidade da pessoa humana e de outros bens jurídicos protegidos (Machado, 2002, p. 854).

Em sede de autodisciplina, o artigo 6.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária prevê que “a comunicação comercial deve proscrever qualquer declaração ou apresentação áudio e/ou visuais que possam ofender os padrões de decência prevalentes no país e cultura em causa”.

3.2.2. O direito à imagem

Nos termos da alínea e) do n.º 2 do artigo 7.º do CPub, é igualmente proibida a publicidade que “utilize, sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa”. Esta hipótese não tem consagração autónoma em sede de autodisciplina, onde decorre diretamente do referido princípio da legalidade.

A norma tutela os direitos à imagem e à palavra consagrados no artigo 26.º n.º 1 da CRP, enquanto manifestações da identidade pessoal e da própria dignidade da pessoa humana. No ordenamento jurídico português, estes direitos têm também proteção criminal no artigo 199.º do Código Penal, relativo à utilização de gravações e fotografias ilícitas. Acresce que de acordo com o disposto no artigo 79.º do Código Civil, em matéria de direitos da personalidade, “o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela” (n.º 1). Este consentimento é relevante sobretudo quando existe aproveitamento económico da imagem de uma pessoa. No entanto, “não é necessário o consentimento da pessoa retratada quando assim o justifiquem a sua notoriedade, o cargo que desempenhe, exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didáticas ou culturais, ou quando a reprodução da imagem vier enquadrada na de lugares públicos, ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente” (n.º 2). Desta forma, a utilização da imagem ou das palavras de uma pessoa na publicidade depende, em regra, da celebração de um contrato ou, pelo menos, do seu consentimento enquanto causa de exclusão da ilicitude prevista no artigo 340.º do Código Civil.

No caso das fotografias de refugiados resgatados no Mar Mediterrâneo, pode não ter havido consentimento para a utilização da imagem, ao contrário do que se verificou na fotografia de David Kirby – doente com SIDA em estado terminal – utilizada também numa campanha da Benetton, que foi objeto de polémica no início dos anos 90 do século XX. Porém, esta ausência de consentimento não parece constituir fundamento da ilicitude daquela publicidade, na medida em que as imagens não só se enquadram num lugar público, como têm origem em factos de interesse público.

4. Mecanismos sancionatórios da publicidade ilícita

A tutela contraordenacional enunciada no artigo 34.º do CPub integra o principal mecanismo sancionatório contra a publicidade ilícita, determinando a aplicação de uma coima de € 1745,79 a € 3740,98 e de € 3491,59 a € 44 891,81 consoante o infrator seja pessoa singular ou pessoa coletiva. Nos termos do artigo 36.º do CPub, são punidos como agentes da publicidade ilícita “o anunciante, o profissional, a agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça a atividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou o respetivo concessionário, bem como qualquer outro interveniente na emissão da mensagem publicitária”. A competência para a instrução e o julgamento dos processos cabe, segundo o disposto nos artigos 38.º e 39.º do CPub, respetivamente, à Direção-Geral do Consumidor e à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica.

É igualmente aplicável o artigo 10.º da Lei de Defesa do Consumidor, que assegura “o direito de ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas

lesivas dos direitos do consumidor”. Apesar de consagrada também numa dimensão preventiva, a tutela judicial contra a publicidade ilícita corresponde quase sempre a uma ação de cessação de determinados comportamentos. Esta ação de cessação constitui o mecanismo mais eficaz de proteção dos destinatários que não tenham ainda estado em contacto com o anúncio. E, na medida em que visa afastar um estado de desconformidade objetiva, não fica dependente da culpa do anunciante.

Coincide com esta ação de cessação a alusão às medidas cautelares no artigo 41.º n.º 1 do CPub, segundo o qual “em caso de publicidade enganosa, publicidade comparativa ilícita ou de publicidade que, pelo seu objeto, forma ou fim, acarrete ou possa acarretar riscos para a saúde, a segurança, os direitos ou os interesses legalmente protegidos dos seus destinatários, de menores ou do público a entidade competente para a aplicação das coimas previstas no presente diploma, sob proposta das entidades com competência para a fiscalização das infrações em matéria de publicidade, pode ordenar medidas cautelares de suspensão, cessação ou proibição daquela publicidade, independentemente de culpa ou da prova de uma perda ou de um prejuízo real”. Ao contrário do que sugere a referência ao carácter cautelar, as referidas medidas não têm natureza provisória.

No entanto, com a generalização do recurso à Internet como suporte publicitário, as novas formas de disseminação de conteúdos suscitam múltiplas dificuldades na tutela efetiva da comunicação comercial, sobretudo face à crescente globalização dos mercados e à acentuada dimensão emocional e simbólica das decisões económicas.

4.1. O recurso a sistemas de autodisciplina

A par dos mecanismos sancionatórios de natureza pública, importa considerar o recurso a sistemas de autodisciplina como instrumento de promoção dos valores constitucionais na comunicação comercial. Na verdade, através da introdução de novos patamares de responsabilidade, a autorregulação contribui para elevar o nível de correção das condutas dos profissionais e para garantir a segurança jurídica face às cláusulas gerais (Conte, 2006, p. 137). Encontra-se, por isso, em condições privilegiadas para censurar o recurso à crise humanitária como tema publicitário sempre que este se revele contrário aos valores constitucionais.

Os Códigos de Conduta constituem uma forma coletiva e não estadual de regular as relações entre agentes económicos, integrando ordenamentos jurídicos autónomos e não meros postulados de conteúdo ético (Patiño Alves, 2007, p. 61). Atento o carácter voluntário, fundam-se na autonomia privada e num princípio de reciprocidade. O valor jurídico dos Códigos de Conduta é determinado pela sua força coativa, que resulta da aplicação e execução das respetivas normas. Neste sentido, a prevalência do recurso a sistemas de autodisciplina justifica-se pela celeridade e eficácia das decisões, sem que fique impedido o recurso à via administrativa ou judicial. Apresenta como principal vantagem a flexibilidade na abordagem de situações em evolução e dotadas de uma complexidade crescente, especialmente no domínio da Internet.

A autonomia privada restringe o efeito vinculativo dos Códigos de Conduta às relações intersubjetivas, com exclusão de terceiros. Ou seja, a eficácia das decisões assenta na qualidade de associado ou, pelo menos, na sua aceitação expressa pelos

intervenientes. Porém, esta limitação não inviabiliza a heteroeficácia dos sistemas de autodisciplina, que através do controlo da generalidade dos meios de difusão atingem também os anunciantes não associados, como reconheceu o Supremo Tribunal de Justiça a propósito das decisões do Júri de Ética da Auto Regulação Publicitária (acórdão de 15 de janeiro de 2009, processo n.º 2234/05.2TVLSB).

Ora, num quadro de adesão voluntária, a relevância da resolução de litígios depende tanto da autoridade social dos organismos, como da referida proteção integrada de interesses, contrariando a preocupação com o risco de valoração neocorporativa dos comportamentos. Assim, reitera-se que os sistemas de autodisciplina se encontram atualmente em condições privilegiadas para promover o respeito pela dignidade da pessoa humana na comunicação comercial. Esta promoção decorre da aplicação dos artigos 5.º, 6.º e 8.º do Código de Conduta da Auto Regulação Publicitária.

4.2. A reação do mercado como manifestação da consciência ética da comunidade

Entendido num sentido subjetivo amplo, o mercado abrange os intervenientes diretos na troca de produtos ou prestação de serviços (profissionais e consumidores), bem como os destinatários das mensagens publicitárias, nomeadamente os recetores efetivos, segundo o conceito enunciado na alínea d) do n.º 1 do artigo 5.º do CPub.

Verificada hoje sobretudo em ambiente digital, a reação espontânea do mercado face a determinadas campanhas traduz uma manifestação da consciência ética da comunidade, integrando um relevante mecanismo sancionatório informal, cuja celeridade e eficácia superam a tutela pela via administrativa ou judicial e até a intervenção dos organismos de autodisciplina. Desta forma, a reação espontânea do mercado tende a limitar a utilidade dos mecanismos sancionatórios tradicionais. Para além de determinar, em regra, a cessação voluntária do ato ilícito pelo anunciante, a reação espontânea do mercado condiciona as decisões de consumo e influencia a perceção emocional e simbólica da marca pelo público em geral, o que pode corresponder a uma afetação da reputação económica do profissional e a uma efetiva diminuição do seu volume de negócios. Ainda que dependa maioritariamente da perceção do consumidor médio face à campanha publicitária, a tutela informal pode resultar da necessidade de garantir os interesses de grupos de pessoas especialmente vulneráveis, em função da consciência ética da comunidade, pautada por critérios de igualdade e solidariedade.

Ora, esta tutela informal beneficia dos instrumentos da Web 2.0 caracterizados pela interatividade e bidirecionalidade – nomeadamente, as redes sociais, os blogues pessoais e as comunidades de partilha de conteúdos – que permitem aos utilizadores a troca de opiniões relativas aos produtos e serviços mas também às próprias campanhas publicitárias. É, aliás, nesta dimensão colaborativa da Internet que assenta a redistribuição do poder de mercado na Sociedade da Informação (Amorim, 2017, p. 471).

Na medida em que constitui uma manifestação da consciência ética da comunidade, esta tutela informal traduz a valoração das mensagens publicitárias à luz do seu significado social, ao contrário do que resulta frequentemente dos mecanismos sancionatórios tradicionais. De facto, o mercado faz depender a garantia de valores constitucionais na comunicação comercial estritamente do sentido social dominan-

te em cada época histórica, que deve prevalecer na interpretação e aplicação das normas proibitivas. Esta conceção normativa dinâmica permite dar resposta ao carácter difuso e mutável da publicidade na era digital, sobretudo adequando a censurabilidade das condutas à sua valoração social.

No caso da campanha da Benetton, a tutela informal que se manifestou nas redes sociais não parece ter sido suficiente para provocar as consequências que lhe estão tipicamente associadas, mantendo-se as imagens publicadas nas redes sociais, o que pode justificar-se pela fidelidade dos consumidores à controvérsia suscitada pela marca desde os anos 80 e 90 do século XX ou pela reconhecida necessidade de reflexão sobre a crise humanitária, para a qual a comunicação comercial pode representar um contributo útil.

5. Considerações finais

O direito da publicidade enquadra-se tradicionalmente na proteção do consumidor. No entanto, com a generalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial, passa a relevar mais amplamente a tutela dos destinatários, onde cabem também os recetores efetivos, que são atingidos pelas mensagens por estarem em contacto com o canal de difusão, independentemente da existência – sequer potencial – de uma decisão de transação (Amorim, 2018, p. 16).

Num quadro de crescente globalização dos mercados, onde importa atender especialmente ao impacto cultural da comunicação comercial, as fotografias de refugiados resgatados no Mar Mediterrâneo publicadas pela Benetton nas redes sociais permitem recuperar o problema da dignidade da pessoa humana enquanto valor absoluto universal conformador do conteúdo das mensagens. Porém, para efeitos do princípio da proporcionalidade, na conformação da regulação da comunicação comercial suscetível de limitar a liberdade publicitária dos anunciantes, não pode deixar de ser ponderada a prevalência do interesse público inerente ao tema da referida campanha. Assim, a reflexão sobre a crise humanitária promovida pode a final contribuir para promover o respeito pela dignidade da pessoa humana.

Mais do que os fundamentos axiológicos da proibição da publicidade chocante, o que mudou relativamente às campanhas difundidas no final do século XX foi o papel que cabe agora ao mercado na reação contra a comunicação comercial que se revele contrária à consciência ética da comunidade. Neste sentido, e apesar de as campanhas representarem um contributo útil para a reflexão sobre os assuntos atuais mais controversos, cabe aos anunciantes avaliar previamente o impacto que a publicidade pode vir a criar nos destinatários, tarefa que se revela especialmente complexa num contexto económico, social e tecnológico em constante mutação.

Bibliografia

- Almeida, C. (1985). O conceito de publicidade. *Boletim do Ministério da Justiça*, 349, 115-134.
- Amorim, A. (2015). Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação. *Revista de Direito Intelectual*, 1, 165-189.

- (2017). *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*. Coimbra: Almedina.
- (2018). *Manual de Direito da Publicidade*. Lisboa: Petrony.
- Canotilho, J. & Moreira, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Conte, G. (2006). Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato. *Contratto e Impresa*, 1, 108-140.
- Cuesta Rute, J. (1989). Observaciones sobre la Ley General de Publicidad. *Revista Jurídica de Catalunya*, 4, 51-104.
- Fernández-Novoa, C. (1975). La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, 2, 369-391.
- Gómez Segade, J. (1980). *Jornadas de Derecho de la Publicidad*. Madrid: Instituto Nacional de Publicidad.
- Henning-Bodewig, F. (1993). "Werbung mit der Realität" oder wettbewerbswidrige Schockwerbung?. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 12, 950-953.
- Machado, J. (2002). *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Martínez Escribano, C., Herrero Suárez, C., Martín García, L. & Hernández-Rico, J. (2015). *Derecho de la Publicidad*. Navarra: Aranzadi.
- Patiño Alves, B. (2007). *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*. Barcelona: Bosch.
- Schlieper, P. (2011). *Der Anwendungsbereich der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel in § 3 Abs. 1 UWG*. Hamburgo: Verlag Dr. Kovač.
- Veríssimo, J. (2001). *A publicidade da Benetton: um discurso sobre o real*. Coimbra: Edições Minerva.

Nota biográfica

Ana Amorim é Professora Auxiliar da Universidade Portucalense. Membro do Gabinete Técnico-Jurídico da Auto Regulação Publicitária. Doutora em Ciências Jurídicas Privatísticas pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Desenvolve investigação sobretudo nas áreas do Direito da Publicidade e Concorrência Desleal.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4121-2723>

E-mail: aamorim@upt.pt

Morada: Universidade Portucalense. Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 4200-072 Porto, Portugal

* Submetido: 2018.06.30

* Aceite: 2018.09.05