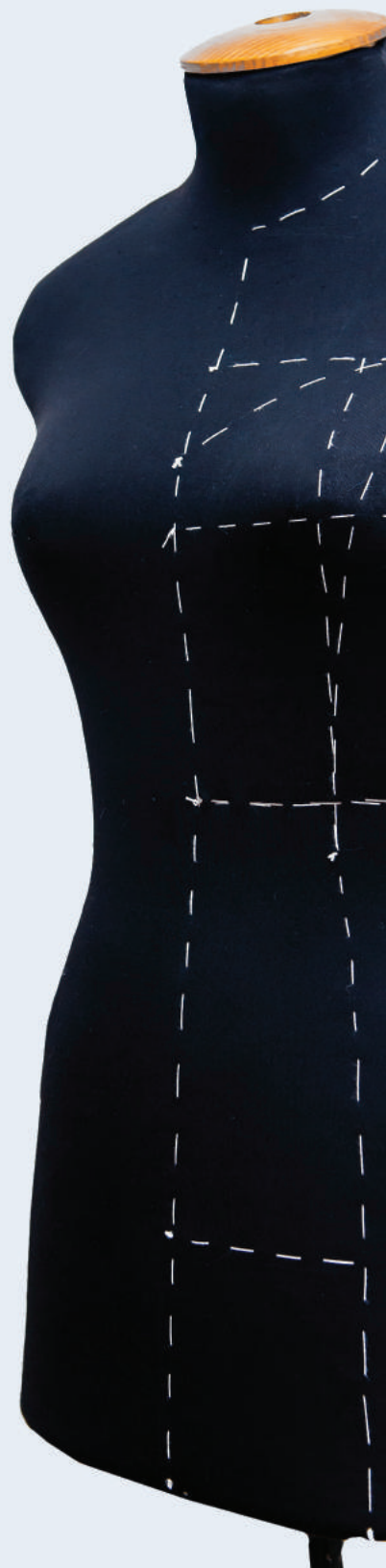


DIREITO DA MODA

VOL. I

COORDENAÇÃO

Lígia Carvalho Abreu
Francisco Pereira Coutinho



**DIREITO
DA
MODA
VOL. I**

DIREITO DA MODA VOL. I

COORDENAÇÃO

LÍGIA CARVALHO ABREU

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

DIREITO DA MODA

COORDENAÇÃO

LÍGIA CARVALHO ABREU
FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

EDIÇÃO

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
CEDIS, CENTRO DE I & D SOBRE DIREITO E SOCIEDADE
Campus de Campolide
1099-032 Lisboa
PORTUGAL

EXECUÇÃO GRÁFICA

ASPRINT-Apolinário Silva Unipessoal, Lda.

FEVEREIRO 2019

DEPÓSITO LEGAL
452004/19

ISBN
978-972-99399-7-6

TIRAGEM
300 EXEMPLARES

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seus(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro
qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor,
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

Índice

- 7 *Nota de Apresentação*
- 11 Lígia Carvalho Abreu – *Os Princípios do Direito da Moda e sua relevância na Construção e Autonomia de uma nova Disciplina Jurídica*
- 33 Luís Couto Gonçalves – *Moda e Marca*
- 53 Ana Afonso – *Contrato de Licença de Exploração de Marca*
- 81 Catarina Crespo – *A Proteção do Trade Dress na Indústria da Moda*
- 103 Patrícia Rento – *Proteção do Bordado de Arraiolos e a sua Apropriação por Empresas de Moda*
- 117 Alexandra Vilela / Inês Godinho – *As Infrações Relacionadas com o Direito da Moda*
- 139 Regina Ferreira de Souza – *Moda e Direito Penal: A Construção da Legislação Brasileira sobre Joias e a Influência de Portugal*
- 157 Ana Clara Azevedo de Amorim – *A Aplicação do Regime Jurídico da Publicidade ao Sector da Moda – Algumas Questões*
- 185 Letícia Marques Costa – *E-commerce Aplicado à Moda*
- 199 Joana Whyte – *Direito da Concorrência à la Mode*

- 229** Maria Odete Oliveira – *Temáticas Fiscais Atuais na Indústria da Moda*
- 255** Rhayza Vieira Berlanza – *O Trabalho na Indústria Têxtil em Condições Análogas à Escravidão e o Dumping Social*
- 275** João Fraga de Castro – *A Sustentabilidade nos Contratos com a Administração Pública e nos Contratos Individuais de Trabalho*

A Aplicação do Regime Jurídico da Publicidade ao Sector da Moda – Algumas Questões

ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM*

Resumo: A publicidade assume um papel determinante no sector da moda, especialmente para efeitos da construção de valores simbólicos. A regulação do conteúdo e da forma das mensagens coincide hoje respetivamente com a proibição da discriminação em relação ao sexo e com as opiniões aparentemente pessoais manifestadas por líderes de opinião, em detrimento das modalidades tradicionais de ilícito publicitário. Acresce que a personalização da comunicação comercial em ambiente digital depende do recurso a instrumentos de recolha e tratamento de dados pessoais, que tendem a suscitar um problema de tutela da privacidade dos destinatários.

Palavras-Chave: Publicidade, consumidores, digital, privacidade.

Abstract: *Advertising has an important role in the fashion sector, mainly for the purposes of building symbolic values. The regulation of messages' content and form matches nowadays respectively with the prohibition of gender based discrimination and with the seemingly personal opinions put forward by opinion leaders, to the detriment of the traditional kinds of illegal advertising. Furthermore, the customization of commercial communication in the digital world depends on the use of collection and processing of personal data instruments, which tend to raise a problem in terms of recipients' privacy protection.*

Keywords: *Advertising, consumers, digital, privacy.*

* Professora Auxiliar da Universidade Portucalense (aamorim@upt.pt).

INTRODUÇÃO

A moda integra um sector de atividade caracterizado pela elevada concorrência e pelo carácter fragmentado, o que decorre nomeadamente da inexistência de barreiras comerciais, tecnológicas ou financeiras à entrada. No domínio do vestuário e do calçado, os produtos são frequentemente de baixo envolvimento, conduzindo a compras por impulso, dado que o risco percecionado pelos consumidores é quase sempre escasso.

A publicidade assume então 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.

O regime jurídico da publicidade funda-se axiologicamente no art. 60.º da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP), relativo à proteção dos consumidores, que abrange o direito à informação e a garantia dos interesses económicos (n.º 1), proibindo expressamente a “publicidade oculta, indireta ou dolosa” (n.º 2). Na medida em que a liberdade publicitária do anunciante assenta na liberdade de expressão e informação (art. 37.º da CRP) e na iniciativa económica privada (art. 61.º da CRP), a regulação da comunicação comercial – em especial, as restrições ao conteúdo e à forma das mensagens – deve, de acordo com o princípio da proporcionalidade, “limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (n.º 2 do art. 18.º da CRP).

Ao nível legislativo, resulta hoje sobretudo do Código da Publicidade (doravante CPub) e do regime jurídico das práticas comerciais desleais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março (doravante DL PCD), na sequência da transposição da Diretiva 2005/29/CE. Tradicionalmente enquadrado no Direito do Consumidor, este regime jurídico da publicidade visa mais amplamente a proteção dos destinatários, onde cabem também os recetores efetivos que, apesar de não integrarem o público-alvo, são atingidos pela mensagem por estarem em contacto com o canal de difusão.

Importa salientar que no ordenamento jurídico português não existem normas em matéria de comunicação comercial especialmente aplicáveis ao sector da moda, ao contrário do que se verifica, por exemplo, no domínio da prestação de cuidados de saúde (DL n.º 238/2015, de 14 de outubro), dos medicamentos (arts. 150.º a 165.º do DL n.º 176/2006, de 30 de agosto), do crédito ao consumo (art. 5.º do DL n.º 133/2009, de 2 de junho) ou dos seguros (art. 7.º do DL n.º 176/95, de 26 de julho).

Depois de delimitado o conceito legal de publicidade, serão abordadas as principais questões suscitadas pela aplicação do regime jurídico: o conteúdo e a forma das mensagens, bem como as especificidades inerentes à publicidade na era digital.

I. O 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” (art. 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” (n.º 1 do art. 3.º do CPub). Esta definição viria a ser reiterada pela al. *a*) do n.º 4 do art. 1.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, que regula a publicidade domiciliária por telefone e por telecópia.

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 (Ferreira de Almeida, 1985: 129). Ora, 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, que constituem as manifestações de marketing direto mais relevantes no sector da moda. Incluem-se também as relações públicas, tradicionalmente com carácter gratuito, 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, sobretudo na era digital, apenas uma noção ampla permite garantir cabalmente os “princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos dos consumidores” (art. 6.º do CPub). Pelo contrário, a opção por um critério formal – como as condições contratuais estabelecidas entre o anunciante e os meios, designadamente ao nível da remuneração do titular do suporte – sacrificaria injustificadamente a proteção dos destinatários.

Acresce que, ao transpor a al. *f*) do art. 2.º da Diretiva 2000/31/CE sobre comércio eletrónico, relativo à definição de comunicação comercial, o legislador afirmou, no preâmbulo do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, que “é sempre e só a publicidade que está em causa”. A alusão à “comunicação publicitária em rede” no art. 20.º do referido diploma corresponde, por isso, a uma evolução terminológica relativamente ao conceito legal de publicidade, que lhe é substancialmente equivalente (Oliveira Ascensão, 2006: 26).

II. O CONTEÚDO DAS MENSAGENS

II.1. Proibição da Publicidade Enganosa

A regulação da comunicação comercial começa por se manifestar tradicionalmente na proibição da publicidade enganosa, que incide sobre o conteúdo das mensagens e constitui o objeto central do regime jurídico vigente. Ora, a proibição da publicidade enganosa representa um corolário do princípio da veracidade enunciado no n.º 1 do art. 10.º do CPub, segundo o qual “a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos”.

II.1.1. Enquadramento

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 produção indiferenciada e o crescimento do consumo passaram a estar dependentes da comunicação comercial de massas (*one-to-many*), 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 domínio do vestuário e do calçado, os anúncios invocavam frequentemente a durabilidade, a resistência, a qualidade dos acabamentos ou o rigor da confecção. Estas vantagens eram muitas vezes associadas aos materiais utilizados no fabrico ou à origem geográfica dos produtos, com especial enfoque na importação de Paris ou Londres, consideradas capitais europeias da moda. A composição e a proveniência constituíam, desta forma, argumentos destinados a reforçar as características invocadas. Em certos casos, os anúncios salientavam ainda o preço ou as condições de fornecimento dos produtos, aludindo designadamente a “preços reduzidos”, “preços de concorrência” ou “preços de fábrica”. Ou seja, a preocupação com o aumento da concorrência determinava o recurso a uma promessa publicitária, que incidia sobre as vantagens dos produtos face às alternativas existentes no mercado.

No quadro do modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas desde o século XIX, 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. Assim se justifica que a proteção dos consumidores tenha frequentemente como instrumento o direito à informação, que a publicidade deve garantir, como resulta do seu enquadramento no n.º 4 do art. 7.º da Lei de Defesa do Consumidor, aprovada pela Lei n.º 24/96, de 31 de julho. Importava proteger a parte mais fraca da relação de consumo, acautelando a sua vulnerabilidade face ao profissional, resultante de uma reconhecida assimetria de informação e do desequilíbrio de poder de negociação, que constituem os fundamentos do próprio Direito do Consumidor.

Paralelamente, a proibição da publicidade enganosa assenta também na garantia dos interesses económicos, uma vez que a falta de correspondência entre a promessa publicitária – ou as expectativas criadas pela mensagem – e a realidade da oferta é suscetível de condicionar a decisão de transação. Em suma, estão em causa os direitos dos consumidores enunciados no art. 60.º da CRP.

É, por isso, o posicionamento técnico ou funcional face à concorrência que justifica historicamente a centralidade da proibição da publicidade enganosa

no regime jurídico vigente (Azevedo de Amorim, 2015: 169-170). Assim, o art. 10.º n.º 2 do CPub, relativo ao princípio da veracidade, postula que “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”. Também o art. 7.º do DL PCD, em matéria de ações enganosas, incide especialmente sobre “as características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efetuados ao bem ou serviço” (alínea *b*) do n.º 1), bem como sobre “o preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço” (alínea *d*) do n.º 1).

II.1.2. Modalidades e Critérios de Aferição

A proibição da publicidade enganosa consta atualmente dos arts. 7.º a 9.º do DL PCD, resultantes da transposição dos arts. 6.º e 7.º da Diretiva 2005/29/CE relativos às ações e omissões enganosas, bem como dos pontos 1 a 23 do Anexo I, que preveem um conjunto de práticas comerciais consideradas desleais em quaisquer circunstâncias. A aprovação do regime jurídico das práticas comerciais desleais coincidiu com a introdução do art. 43.º do CPub, restringindo o âmbito de aplicação da disciplina da publicidade enganosa previsto neste diploma à “comunicação dirigida exclusivamente a profissionais”. Esta fragmentação normativa do ordenamento jurídico português em matéria de comunicação comercial obriga agora a distinguir as relações B2C ou *business-to-consumer* das relações B2B ou *business-to-business*. No quadro da aplicação do regime jurídico da publicidade ao sector da moda, relevam sobretudo as relações com consumidores finais.

A publicidade enganosa resulta, desde logo, da falsidade da informação veiculada pelo anunciante, que traduz uma desconformidade objetiva do conteúdo literal da mensagem com a realidade da oferta. Esta desconformidade

objetiva constitui a primeira vertente das ações enganosas, genericamente proibidas pelo art. 7.º n.º 1 do DL PCD. Por exemplo, na decisão de 18 de agosto de 2009, proferida no processo n.º 13J/2009, o Júri de Ética do Instituto Civil de Autodisciplina da Publicidade qualificou como publicidade enganosa relativa à existência do produto, para os efeitos do disposto na alínea a) do referido preceito, a difusão de um catálogo e de um conjunto de cartazes onde constava uma coleção de biquínis de uma marca italiana que não se encontrava disponível nas lojas em Portugal¹.

Mas a publicidade enganosa resulta igualmente da frustração de expectativas ou da inexatidão da convicção dos consumidores face ao anúncio, mesmo perante informação factualmente correta, como resulta também do art. 7.º n.º 1 do DL PCD. Esta dimensão subjetiva, que corresponde à suscetibilidade de indução em erro, teve origem na conceção alemã de Concorrência Desleal consagrada no § 4 n.º 1 da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* de 1909, tendo sido posteriormente adotada, ao nível da União Europeia, no n.º 2 do art. 2.º da Diretiva 84/450/CEE e no n.º 1 do art. 6.º da Diretiva 2005/29/CE. Enquanto modalidade típica de engano, a suscetibilidade de indução em erro dos consumidores constitui hoje o núcleo fundamental do princípio da veracidade.

Ora, de acordo com uma conceção tradicional, a suscetibilidade de indução em erro abrangia ainda a publicidade enganosa por omissão, nomeadamente no caso das alegações publicitárias incompletas, quando o anunciante omitisse uma explicação adicional exigida pelo conteúdo da mensagem. A publicidade enganosa por omissão assentava, desta forma, numa violação do dever de esclarecimento e não do dever de informação, que seria insuscetível de provocar a indução em erro dos destinatários².

Porém, com a transposição da Diretiva 2005/29/CE, o legislador veio fazer coincidir a verificação das omissões enganosas com a violação de uma menção legalmente obrigatória e com a apresentação de informação “de modo pouco claro, ininteligível ou tardio”, nos termos das als. *a)* e *b)* do n.º 1 do art. 9.º do DL PCD. Concretamente no que respeita ao sector da moda, pode estar em causa uma violação do dever genérico de exibição dos preços dos produtos ou serviços, previsto no DL n.º 138/90, de 26 de abril.

1 Decisão disponível no site da Auto Regulação Publicitária <<https://auto-regulacaopublicitaria.pt/>>, (acedido a 20 de novembro de 2017).

2 Na doutrina alemã, Oelffen, 2012: 49.

Entendida em sentido amplo, a publicidade enganosa abrange a confusão, que integra, segundo o disposto na al. *a)* do n.º 2 do art. 7.º do DL PCD, “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”. Incide sobre a identidade do produto ou serviço decorrente do recurso ao mesmo sinal distintivo (confusão direta ou imediata) mas também sobre a origem empresarial (confusão indireta ou mediata) e a existência de uma relação económica ou jurídica entre os agentes económicos (confusão em sentido amplo).

Acresce que a proibição depende, desde a aprovação do regime jurídico das práticas comerciais desleais, da distorção substancial do comportamento económico dos consumidores. Tributária da Defesa da Concorrência, esta cláusula de relevância resulta da preocupação com o desenvolvimento do Mercado Interno. Segundo a al. *e)* do art. 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”. Ou seja, a distorção substancial verifica-se maioritariamente nas situações em que o consumidor celebra um negócio jurídico não tendo intenção de o fazer ou em moldes diferentes daqueles que melhor correspondem à satisfação das suas necessidades. No entanto, a proibição da publicidade enganosa não releva apenas como elemento suscetível de condicionar a decisão de transação, devendo hoje ser abordada também no contexto do efeito de atração exercido pelo anúncio sobre os destinatários.

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.

Paralelamente a este critério de aferição, a suscetibilidade de indução em erro deve ainda 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. Neste sentido, o engano incide sobre o significado mais imediato do anúncio, afastando-se eventuais interpretações subtis do seu conteúdo. É também a integridade ou indivisibilidade da campanha publicitária que determina a possibilidade de alguns elementos relevarem casuisticamente menos do que outros, por exemplo, quando através do recurso a letra excessivamente pequena o anunciante contradiz a parte captatória ou chamativa da mensagem (Cuesta Rute, 2002: 155).

II.2. O Apelo a Sentimentos como Mudança de Paradigma

Num movimento de rutura com a publicidade tradicional, nos anos 80 e 90 do século XX, 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, que constituíam alguns dos assuntos políticos e sociais mais controversos (Veríssimo, 2001: 46-47). Na medida em que o conteúdo das mensagens deixou de ter conexão com o produto, a doutrina e a jurisprudência alemãs desenvolveram o conceito de publicidade chocante, justificado ao abrigo do princípio da prestação (*Leistungswettbewerb*), segundo o qual a concorrência entre agentes económicos deve assentar em elementos objetivos da oferta, como a qualidade e o preço.³ 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, a constatação do carácter funcionalmente indiferenciado das várias ofertas disponíveis e a recusa do modelo de comportamento desenvolvido pelas teorias económicas neoclássicas 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 potencia, desta forma, a diferenciação

³ Considerando a ausência de conexão com o produto, o conceito de publicidade chocante foi desenvolvido na decisão do Oberlandesgericht (OLG) de Frankfurt de 13 de agosto de 1992, relativa a uma campanha da Benetton que incidia sobre as condições do transporte de pessoas em África. Foi igualmente abordado de forma paradigmática nas decisões do Bundesgerichtshof (BGH) de 6 de julho de 1995, a propósito da difusão de imagens de um pato contaminado com óleo e de doentes infetados com SIDA.

emocional ou simbólica face à concorrência, que é especialmente significativa no sector da moda, como demonstra hoje a generalidade dos anúncios no domínio do vestuário e do calçado, bem como da joalheria e da cosmética.

Na verdade, o posicionamento face à concorrência não assenta atualmente nos elementos objetivos enunciados no art. 7.º do DL PCD em matéria de ações enganosas – como as vantagens, os riscos, a execução, a composição, o modo de fabrico, as garantias de conformidade, as utilizações, quantidade, as especificações e a origem geográfica – que são pacificamente reconhecidos pelo mercado como pressupostos genéricos da própria comercialização dos produtos. Não assenta também, em regra, no preço e nas condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços.

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, mesmo face à dificuldade de construir relacionamentos de longo prazo com os consumidores, verificada em alguns sectores de atividade. 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. Assim se justifica, por exemplo, a alusão frequente ao prestígio no segmento de luxo, em especial relativamente a bens com elevada visibilidade.

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 da atividade desenvolvida no sector da moda. Acresce que a eficácia da comunicação comercial depende agora sobretudo da criatividade e do impacto criado nos destinatários e já não do carácter repetido e permanente dos anúncios.

II.2.1. A Transição para uma Nova Abordagem Jurídica

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, as mensagens invocam atualmente sobretudo benefícios emocionais e simbólicos dos produtos, que não correspondem às alegações “exatas e passíveis de prova” sobre as quais incide o n.º 2 do art. 10.º do CPub. Como reconhece a doutrina maioritária, a aplicabilidade do princípio da veracidade restringe-se às expressões concretas e comprováveis, que aludem a circunstâncias objetivas, excluindo apreciações subjetivas, como os juízos estéticos ou as considerações relativas a gostos pessoais (Fernández-Nova, 1975: 378). A aplicabilidade subsiste, porém, segundo alguns autores, quando as alegações possam ser percebidas pelos destinatários como referências objetivas (Micklitz, 2006: 836).

Na sequência da referida mudança de paradigma ao nível do conteúdo das mensagens, encontra-se ultrapassada a distinção entre publicidade informativa e publicidade persuasiva ou sugestiva, que assentava na prevalência de argumentos de natureza técnica ou funcional dominante na comunicação comercial até à década de 70 do século XX. Na verdade, toda a comunicação comercial é hoje eminentemente persuasiva ou sugestiva, tendo também um conteúdo informativo mínimo, que incide pelo menos sobre a existência do produto ou serviço anunciado.

Desta forma, começa a verificar-se igualmente uma redefinição da própria publicidade, que na al. *a*) do n.º 1 do art. 20.º do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro, 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”. O alcance prático desta opção legislativa coincide com a descrição dos produtos nos sítios eletrónicos que funcionam como ponto de venda.

Mas na transição para uma nova abordagem jurídica da publicidade no sector da moda, releva sobretudo a liberalização do apelo a sentimentos, dado que não existe no ordenamento constitucional português fundamento 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 frequentemente no marketing viral – parece constituir uma opção legítima do anunciante, cuja liberdade publicitária se funda axiologicamente na liberdade de expressão e informação (art. 37.º da CRP) e na iniciativa económica privada (art. 61.º da CRP). Daqui decorre que sendo inerente à dimensão emocional e simbólica do posicionamento, o

apelo a sentimentos na comunicação comercial não determina a existência de uma categoria de ilícito publicitário, aplicável genericamente na ausência de outras valorações⁴.

Esta tendência de liberalização do apelo a sentimentos na comunicação comercial tem apenas 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 agressivas (art. 11.º do DL PCD), bem como a violação do princípio da licitude, com uma aplicabilidade significativa no sector da moda.

II.2.2. A Violação do Princípio da Licitude

Face ao aumento exponencial da concorrência num contexto de internacionalização dos mercados, o apelo a sentimentos redundava por vezes numa desconformidade com o n.º 1 do art. 7.º do CPub, que proíbe “a publicidade que, pela sua forma, objeto ou fim, ofenda os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados”. Entre as hipóteses de violação do princípio da licitude consagradas a título exemplificativo encontram-se os casos em que a mensagem “estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer atividade ilegal ou criminosa” (al. *b*) do n.º 2) e “contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo” (al. *d*) do n.º 2).

A publicidade sexista constitui a hipótese mais frequente de violação do princípio da licitude no sector da moda, por exemplo, quando os anúncios associam a imagem da mulher a comportamentos estereotipados ou a colocam numa posição de subjugação face ao homem, perpetuando conceções enraizadas na sociedade. A proibição funda-se no princípio da igualdade e no direito à proteção contra “quaisquer formas de discriminação”, enunciados respetivamente no art. 13.º e no n.º 1 do art. 26.º da CRP.⁵ Aliás, constava já expressamente do art. 23.º do CPub de 1980 e do art. 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”

4 Desenvolvidamente, Azevedo de Amorim, 2017a: 422.

5 Desenvolvidamente, Azevedo de Amorim, 2017b: 239.

(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).

Esta preocupação resulta também 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 afirmou 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, o Parlamento Europeu voltou 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).

Verifica-se, assim, progressivamente, uma transição para a centralidade do princípio da licitude na regulação do conteúdo das mensagens no sector da moda, em detrimento da tradicional proibição da publicidade enganosa. Neste contexto, importa ainda referir a reação espontânea do mercado, entendido num sentido subjetivo amplo, que abrange os intervenientes diretos na troca de produtos ou prestação de serviços, bem como os destinatários das mensagens publicitárias, nomeadamente os recetores efetivos. Manifestada hoje sobretudo em ambiente digital, esta reação espontânea do mercado, que traduz a consciência ética da comunidade, integra um relevante mecanismo sancionatório informal, cuja celeridade e eficácia superam a tutela pela via administrativa ou judicial e até a autorregulação. 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.

III. A FORMA DAS MENSAGENS

III.1. Proibição da Publicidade Oculta

Nos termos do n.º 1 do art. 8.º do CPub, “a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado”. Integrado no princípio da veracidade em sentido amplo, o princípio

da identificabilidade representa uma exigência de transparência relativa à forma ou configuração externa das mensagens, permitindo que os destinatários tenham consciência da finalidade promocional do anunciante.

Definida no n.º 1 do art. 9.º do CPub, a publicidade oculta integra o recurso a “meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem”. Por esta via, o anunciante procura evitar a tendencial resistência dos destinatários face à finalidade promocional das mensagens. Ou seja, na publicidade oculta, “o público, julgado perante uma informação imparcial e desinteressada, mais facilmente será objeto de persuasão” (Moitinho de Almeida, 1974: 87).

Ora, na sequência da transposição da Diretiva 2005/29/CE, a publicidade oculta passou a ter, no ordenamento jurídico nacional, um duplo regime sancionatório, resultante da sobreposição do referido n.º 1 do art. 9.º do CPub e do regime jurídico das práticas comerciais desleais, que incide sobre a “motivação da prática comercial” ou a “intenção comercial”, respetivamente na al. c) do n.º 1 do art. 7.º do DL PCD relativo às ações enganosas e na al. c) do n.º 1 do art. 9.º do DL PCD em matéria de omissões enganosas.

A violação do princípio da identificabilidade assenta tradicionalmente na objetividade percebida da informação, que contribui para promover uma imagem favorável dos produtos junto dos destinatários, sem um apelo direto ao consumo. Releva especialmente a hipótese em que a comunicação comercial é difundida sob a forma de notícias ou reportagens jornalísticas, por exemplo, a propósito do lançamento de novas coleções, da celebração de parcerias entre marcas ou da presença de determinadas personalidades em eventos de moda. Beneficiando da aparente neutralidade das fontes, os anunciantes começaram por aproveitar a credibilidade dos meios de difusão – em especial, da imprensa – para divulgar as características demonstráveis ou os benefícios decorrentes da utilização dos produtos.

Na publicidade redacional, que constitui uma modalidade típica de publicidade oculta, o anunciante confere à mensagem uma aparência informativa. A proibição da publicidade redacional resulta hoje especialmente da alínea n) do art. 8.º do DL PCD, que qualifica como prática comercial enganosa em qualquer circunstância “utilizar um conteúdo editado nos meios de comunicação social para promover um bem ou serviço tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção quando tal não for indicado claramente no conteúdo ou resultar de imagens ou sons que o consumidor possa identificar com clareza”.

A publicidade oculta surge, assim, numa primeira fase, ainda no quadro do recurso a argumentos de natureza técnica e funcional, como instrumento da racionalidade das decisões de consumo. Só posteriormente, a tendência de segmentação do mercado e de especialização dos próprios meios de comunicação, que se verifica em Portugal sobretudo a partir do final dos anos 80 do século XX, com o aparecimento das revistas femininas, viria a determinar a emergência das relações públicas centradas no envolvimento afetivo e sensorial.

A segmentação permite abordar de forma fragmentada vários mercados homogêneos de pequena dimensão, em função de fatores de natureza geográfica e sociodemográfica – como o sexo, a idade, a escolaridade, o estado civil, a atividade profissional, o rendimento disponível e a composição do agregado familiar dos destinatários – relevando também mais tarde uma dimensão psicográfica, que abrange designadamente a análise das atividades, dos interesses e das opiniões em matéria social, política, económica ou cultural. Desta forma, os profissionais abandonam progressivamente a conceção massificada e indiferenciada do mercado, passando a dirigir as mensagens publicitárias a um público-alvo claramente identificado (*one-to-few*). Esta estratégia de abordagem do mercado verifica-se hoje no domínio do vestuário e do calçado, bem como da joalheria e da cosmética⁶.

Com a generalização do recurso à Internet como suporte publicitário, os anunciantes passam a recorrer frequentemente a blogues pessoais para promover uma imagem favorável dos produtos. Na medida em que o efeito persuasivo da comunicação comercial depende aqui da identificação dos destinatários com as motivações, a personalidade e os estilos de vida veiculados pelos líderes de opinião, a mensagem tende a surgir sob a forma de opiniões aparentemente pessoais, que simulam o relato desinteressado de uma experiência de consumo. A relevância dos blogues pessoais como instrumento publicitário no sector da moda resulta da constatação da eficácia dos pares e das fontes não comerciais na criação de associações positivas na mente dos consumidores, passando os anunciantes a beneficiar da credibilidade dos líderes de opinião escolhidos e da fidelidade dos destinatários (Casco e Caballero, 2006: 282). Em suma, está já em causa a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial.

À semelhança da publicidade redacional, as opiniões aparentemente pessoais integram também uma prática comercial enganosa em qualquer

6 Na doutrina norte-americana, Solomon e Rabolt, 2008: 249.

circunstância, nos termos da alínea *ab*) do art. 8.º do DL PCD, que proíbe “alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor”.

Assim, nos casos em que a mensagem é emitida por um terceiro, a qualificação como publicidade fica dependente da possibilidade da sua imputação ao anunciante. Ou seja, para além dos elementos objetivo, subjetivo e teleológico, relevantes nos termos do disposto no n.º 1 do art. 3.º do CPub, importa hoje distinguir entre a comunicação espontaneamente gerada pelos consumidores e a comunicação provocada pelos próprios profissionais. A distinção é especialmente significativa no recurso aos blogues pessoais. Neste sentido, a existência de uma contraprestação económica deve continuar a ser entendida como mero indício da natureza publicitária da mensagem.

No ordenamento jurídico italiano, foram enunciados igualmente outros indícios da relação contratual entre o anunciante e o titular do suporte, para efeitos da imprensa, como a alusão às características de apenas um produto ou serviço, o conteúdo particularmente elogioso, a existência de páginas publicitárias dedicadas ao produto ou serviço na mesma publicação e a colaboração ulterior entre as partes (Mansani,1995: 198). Pelo contrário, podem revelar já a neutralidade da mensagem a alusão a produtos ou serviços concorrentes, a assinatura do jornalista, o conteúdo objetivo, a natureza descritiva do artigo e a sua inserção no interior de uma determinada rubrica, o carácter comprovadamente inovador do produto ou serviço em causa, bem como a crítica fundamentada de algumas das suas características. No entanto, as dificuldades probatórias relativas à relação contratual entre o anunciante e o titular do suporte continuam a redundar numa substancial impunidade da publicidade oculta, sobretudo na era digital.

III.2. Casos Especialmente Regulados no Quadro dos Meios Audiovisuais

A preocupação com o princípio da identificabilidade manifesta-se igualmente no quadro dos meios audiovisuais, como resulta da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido, aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, que consagra a proibição da publicidade oculta a propósito do patrocínio (n.º 1 do art. 41.º), da colocação de produto (n.º 6 do art. 41.º-A) e da ajuda à produção (n.º 7 do art. 41.º-A).

Nos termos da al. *o*) do n.º 1 do art. 2.º, constitui patrocínio “a comunicação comercial audiovisual que consiste na contribuição feita por pessoas singulares ou coletivas, públicas ou privadas, que não sejam operadores de televisão, operadores de serviços audiovisuais a pedido ou produtores de obras audiovisuais, para o financiamento de serviços de programas televisivos ou serviços audiovisuais a pedido, ou dos seus programas, com o intuito de promover o seu nome, marca, imagem, atividades ou produtos”. Ora, o art. 41.º prevê que não podem ser patrocinados “os serviços noticiosos e os programas de informação política” (n.º 3). Nos restantes casos, o patrocínio fica sujeito à identificação “como tal pelo nome, logótipo ou qualquer outro sinal distintivo do patrocinador dos seus produtos ou dos seus serviços” (n.º 1), que deve ocorrer “no início, no recomeço e no fim do programa, sem prejuízo de tal indicação poder ser feita cumulativamente noutros momentos desde que não atente contra a integridade dos programas” (n.º 2).

Já a colocação de produto (*product placement*, na terminologia anglo-saxónica) integra, segundo a al. *d*) do n.º 1 do art. 2.º, “a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço, ou à respetiva marca comercial, num programa, a troco de pagamento ou retribuição similar”. O art. 41.º-A admite a colocação de produto “em obras cinematográficas, filmes e séries concebidos para serviços de programas televisivos ou serviços audiovisuais a pedido, programas sobre desporto e programas de entretenimento ligeiro” (n.º 1), proibindo-a, porém, em programas infantis (n.º 2).

Ficam abrangidos pela colocação de produto o *screen placement* e o *script placement*, que recorrem respetivamente à apresentação visual do produto e a referências verbais, bem como o *plot placement*, que enquadra o produto no argumento da obra, atribuindo-lhe diferentes graus de relevância⁷. A colocação de produto tende a caracterizar-se pela reiteração e pela ausência de espontaneidade. Concretizando o princípio da identificabilidade, e em conformidade com o regime jurídico da publicidade oculta, a licitude da colocação de produto fica dependente da advertência do público para a finalidade promocional da sua inserção no conteúdo do programa. Neste sentido, o n.º 6 do art. 41.º-A obriga a que os programas que contenham colocação de produto, quando produzidos ou encomendados pelo operador de serviços audiovisuais que procede à respetiva difusão sejam “adequadamente identificados no início, no fim e aquando do seu recomeço após interrupções publicitárias”.

7 Na doutrina nacional, por todos, Moura, 2013: 79.

No entanto, fica vedado o incitamento direto à aquisição, como resultava já do parecer da Procuradoria-Geral da República, de 29 de maio de 1991⁸. Atualmente, esta proibição encontra-se prevista para efeitos do patrocínio no n.º 6 do art. 24.º do CPub e no n.º 6 do art. 40.º da Lei da Rádio, aprovada pela Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro. Relativamente à colocação de produto, consta também do n.º 4 do art. 41.º-A da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido. E, segundo o disposto no n.º 2 do art. 9.º do CPub, “na transmissão televisiva ou fotográfica de quaisquer acontecimentos ou situações, reais ou simulados, é proibida a focagem direta e exclusiva da publicidade aí existente”.

Por fim, a ajuda à produção representa, de acordo com a al. b) do n.º 1 do art. 2.º, “a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço num programa, a título gratuito”, por exemplo, quando o apresentador de um programa é vestido ou calçado por uma determinada marca. Deve igualmente ser identificada como tal, nos termos da norma de remissão constante do n.º 7 do art. 41.º-A.

IV. A PUBLICIDADE NA ERA DIGITAL

IV.1. A Redistribuição do Poder de Mercado na Sociedade da Informação

Equiparada frequentemente ao impacto provocado pela Revolução Industrial nas civilizações ocidentais, a transição para a Sociedade da Informação manifesta-se nos domínios da economia, do trabalho, da educação, da investigação, da saúde, do lazer, dos transportes e do ambiente. Também as relações de mercado sofreram alterações profundas com a generalização do acesso às tecnologias digitais. O aumento do volume global de faturação no comércio eletrónico constitui a consequência mais imediata das potencialidades que a Internet encerra para os profissionais, nomeadamente ao nível da concorrência direta entre produtores e retalhistas, verificada em inúmeras marcas de vestuário e de calçado. Mas a conformação das relações de mercado na Sociedade da Informação assenta sobretudo na comunicação entre consumidores numa rede aberta ao nível mundial.

8 Publicado no *Diário da República* (10 de outubro de 1991), pp. 10362-10373.

De facto, com a emergência da Web 2.0 a partir do ano de 2004, os consumidores deixaram de ser apenas recetores passivos dos conteúdos veiculados pelos anunciantes, passando a trocar entre si mensagens relativas aos produtos e serviços, com partilha de opiniões e comentários cuja relevância tem sido reconhecida para efeitos das decisões económicas (Constantinides e Fountain, 2008: 233).

A interatividade e a bidirecionalidade da comunicação comercial passam então a corresponder a um fenómeno transversal, que abrange também a troca de mensagens relativas aos produtos ou serviços entre os consumidores, começando a reconhecer-se a existência de uma vertente C2C ou *consumer-to-consumer*, a par das tradicionais relações B2C e B2B. É esta dimensão colaborativa da Internet, potenciada sobretudo pelas redes sociais, os fóruns e as comunidades de partilha de conteúdos, que permite aos consumidores 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 a informação e o poder de mercado numa estrutura concorrencial, esta disponibilidade de conteúdos relevantes e independentes esteve na origem do afastamento do predomínio dos produtores e dos distribuidores, que caracterizou quase todo o século XX, dando lugar a uma revolução do poder de mercado (*marketplace power revolution*), que se manifesta nas relações com consumidores (Seybold, 2002: 3). Acresce que a utilização crescente dos blogues pessoais, das redes sociais, dos fóruns e das comunidades de partilha de conteúdos acentua a diminuição do 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.

Neste sentido, a era digital continua a conduzir à diminuição do âmbito de aplicação do regime jurídico vigente, centrado na proibição da publicidade enganosa e assente na assimetria de informação face aos profissionais. Daqui decorre também que a proteção de interesses económicos tende agora a ser autonomamente garantida pelos próprios consumidores.

IV.2. Instrumentos de Personalização das Mensagens

A personalização da comunicação comercial começou por estar associada às modalidades de marketing direto, nomeadamente a publicidade domiciliária,

por via postal, distribuição direta, telefone e telecópia, regulada na Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro. Suscitava-se a necessidade de evitar intromissões na vida privada dos destinatários, garantindo a proteção de interesses de natureza não económica no domínio da comunicação comercial (Mota Pinto, 1998: 279-282).

A solução encontrada no ordenamento jurídico nacional consistiu em atribuir relevância à oposição dos destinatários, obrigando, para efeitos da publicidade domiciliária endereçada e da publicidade por telefone, as entidades competentes a disponibilizar listas de opção negativa, que resultam da consagração do sistema *opt out*. Ou seja, os destinatários podem manifestar expressamente a vontade de não receber material publicitário, através da correspondente inscrição nas designadas *listas Robinson* a que aludem o art. 4.º e o n.º 2 do art. 5.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro. Também a publicidade domiciliária não endereçada fica sujeita ao sistema *opt out*, mediante oposição “reconhecível no ato de entrega, nomeadamente através da afixação, por forma visível, no local destinado à receção de correspondência, de dístico apropriado”, nos termos do art. 3.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro. Apenas a publicidade por telefone com recurso a sistemas automáticos com mensagens vocais pré-gravadas e a publicidade por telecópia dependem do consentimento prévio do destinatário, de acordo com o sistema *opt in*, previsto no n.º 1 do art. 5.º da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro.

Atualmente, constitui prática comercial agressiva em qualquer circunstância, nos termos da al. b) do art. 12.º do DL PCD, “contactar o consumidor através de visitas ao seu domicílio, ignorando o pedido daquele para que o profissional parta ou não volte, exceto em circunstâncias e na medida em que tal se justifique para o cumprimento de obrigação contratual”. Este enquadramento no regime jurídico das práticas comerciais desleais justifica-se pela pressão psicológica que a abordagem do consumidor no domicílio é suscetível de exercer sobre a sua decisão económica, comprometendo a liberdade de escolha e conduzindo-o frequentemente a adquirir o produto ou a contratar a prestação do serviço apenas para se libertar do incómodo causado pela presença do profissional. Desta forma, a publicidade domiciliária integra agora uma das hipóteses mais relevantes de assédio, para os efeitos do art. 11.º do DL PCD, cuja proibição depende ainda da distorção substancial do comportamento económico dos consumidores. Não obstante, ao contrário do que resulta da proibição da publicidade enganosa, passa a estar em causa a garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (n.º 1 do art.

26.º da CRP) mas também do direito à inviolabilidade do domicílio (art. 34.º da CRP).

Ora, ficam igualmente abrangidas pelo marketing direto as mensagens de correio eletrónico não solicitadas, que constituíram um dos primeiros problemas suscitados pela comunicação comercial na era digital. No entanto, na generalidade dos sectores de atividade e especialmente no domínio do vestuário e do calçado, o SPAM tem dado progressivamente lugar à inscrição em *newsletters*, que correspondem ao sistema de opção positiva previsto no n.º 1 do art. 13.º-A da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, que aprova o regime jurídico da Proteção de Dados Pessoais e Privacidade nas Telecomunicações, introduzido pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, nos termos do qual a licitude do envio de mensagens de correio eletrónico depende do consentimento prévio e expreso dos destinatários. Foi, assim, tacitamente revogada a alínea c) do art. 12.º do DL PCD, que qualifica como práticas comerciais agressivas em quaisquer circunstâncias as “solicitações persistentes e não solicitadas, por telefone, fax, e-mail ou qualquer outro meio de comunicação à distância”.

Importa ainda referir que o SPAM e outras formas de comunicação comercial intrusiva foram sendo entretanto tendencialmente afastadas com fundamento na sua escassa eficácia persuasiva. Na verdade, assiste-se hoje a uma mudança de paradigma na publicidade da era digital, caracterizada sobretudo pela aproximação do conteúdo das mensagens aos interesses concretos dos destinatários (*one-to-one*). Esta aproximação tem origem no marketing relacional, que surgiu num contexto de prevalência dos serviços sobre a produção de bens e de crescente instabilidade da procura, inserindo-se numa perspetiva de fidelização dos consumidores. Assume aqui especial relevância a informação relativa a transações anteriores (Peppers e Rogers, 1993: 138).

Potenciada pela evolução tecnológica, a aproximação do conteúdo das mensagens aos interesses concretos dos destinatários assenta atualmente no recurso a instrumentos de monitorização dos comportamentos de navegação na Internet, como os sistemas de *cookies*. Através do armazenamento de pequenos ficheiros de texto no computador do utilizador, os testemunhos de conexão possibilitam o seu reconhecimento em posteriores acessos, para efeitos da apresentação de anúncios personalizados, independentemente de transações anteriores. Apesar do aparecimento de técnicas progressivamente mais otimizadas, a generalização dos sistemas de *cookies* continua a justificar uma abordagem desenvolvida, como forma de recolha e tratamento de dados pessoais.

Já no domínio do *mobile marketing*, o envio de mensagens publicitárias associadas a estabelecimentos situados na proximidade dos utilizadores depende do recurso à geolocalização, que alguns autores consideram constituir um risco acrescido para a privacidade (López Jiménez, 2010: 85).

IV.2.1. O Problema do Consentimento na Proteção de Dados Pessoais

Enquanto instrumento do processo de comercialização de produtos e serviços, a personalização das mensagens publicitárias deve considerar-se genericamente admitida. Suscita, no entanto, frequentemente, vários problemas ao nível dos meios utilizados pelos profissionais, sobretudo quando resulta da recolha e tratamento de dados pessoais através de mecanismos independentes da intervenção do respetivo titular.

Nos termos da al. *a*) do art. 3.º da Lei da Proteção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, integra dados pessoais “qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável”, sendo “considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social”. No marketing direto e do marketing relacional, salienta-se a informação relativa ao nome, domicílio e outras formas de contacto dos consumidores, bem como a informação relativa a transações anteriores.

Em ambiente virtual, a questão da qualificação dos dados pessoais deixou de se suscitar apenas face ao endereço de correio eletrónico, ficando hoje abrangida qualquer informação relativa a interesses do internauta, no pressuposto da sua identificabilidade. Assim, o tratamento tem frequentemente por objeto o IP (Internet Protocol) mas pode incidir sobre um conjunto de outros elementos como a data, a duração, o tempo ou o volume da ligação usada no envio de uma comunicação eletrónica, e ainda sobre o protocolo utilizado, a localização do equipamento ou a sequência de cliques realizados (Sarmiento e Castro, 2006: 4 e Härting, 2008: 745).

Nos termos do referido diploma, os dados pessoais devem ser “tratados de forma lícita e com respeito pelo princípio da boa fé” (al. *a*) do n.º 1 do art. 5.º), bem como “recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas,

não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades” (al. *b*) do n.º 1 do art. 5.º). Devem ainda ser “adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados” (al. *c*) do n.º 1 do art. 5.º). Encontra-se igualmente consagrado o direito de acesso aos próprios dados pessoais, onde se incluem, entre outras, as possibilidades de retificação e eliminação (art. 11.º) e o direito de oposição (art. 12.º).

Como pressuposto de licitude do tratamento, o consentimento traduz o elemento central do regime jurídico da proteção de dados pessoais. Ora, segundo o disposto na al. *b*) do art. 3.º da Lei da Proteção de Dados Pessoais, constitui consentimento “qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objeto de tratamento”. Acresce que o art. 6.º estabelece que “o tratamento de dados pessoais só pode ser efetuado se o seu titular tiver dado de forma inequívoca o seu consentimento”. E o n.º 1 do art. 7.º prevê a ilicitude do tratamento da informação relativa à “vida privada” – onde se integram os padrões de consumo, frequentemente utilizados pelos anunciantes para efeitos da personalização das mensagens publicitárias – exceto mediante consentimento expresso do titular.

Ou seja, o consentimento deve resultar de um comportamento ativo do destinatário, suscetível de manifestar a sua vontade relativa ao tratamento dos dados pessoais, em momento anterior à própria recolha, para uma ou mais finalidades específicas. Esta noção de consentimento resulta também do n.º 11 do art. 4.º do Regulamento (UE) 2016/679 relativo à proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento e livre circulação de dados pessoais, aprovado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho em 27 de abril de 2016 (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados).

Aos sistemas de *cookies* é ainda aplicável o n.º 1 do art. 5.º da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, alterado pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, nos termos do qual o “armazenamento de informações e a possibilidade de acesso à informação armazenada no equipamento terminal de um assinante ou utilizador apenas são permitidos se estes tiverem dado o seu consentimento prévio, com base em informações claras e completas”. No entanto, a generalidade dos sítios eletrónicos prevê formas tácitas – por exemplo, o facto de a navegação não ser interrompida – de exteriorizar o consentimento do titular dos dados pessoais, remetendo para políticas de privacidade redigidas quase sempre com recurso a linguagem pouco clara ou excessivamente técnica, o que determina a ineficácia do consentimento.

IV.2.2. A Tutela da Privacidade

No *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores*, de 23 de novembro de 2010, o Parlamento Europeu manifestou uma preocupação com a personalização da comunicação comercial, que considerou constituir “um grave atentado à proteção da vida privada quando assenta no rastreio de características pessoais (testemunhos de conexão, constituição de perfis e geolocalização)” (Considerando I).

Associada ao excesso de oferta verificado na generalidade dos sectores de atividade no início do século XXI, à revolução do poder de mercado e ao desenvolvimento tecnológico, a preocupação com a privacidade dos destinatários da comunicação comercial, que decorre especialmente do recurso a sistemas automáticos de monitorização dos seus comportamentos de navegação na Internet, reitera a necessidade de garantir interesses não económicos e de natureza individual no domínio das relações de mercado, demonstrada já pela consagração de algumas práticas comerciais agressivas.

De facto, na era digital, a publicidade suscita sobretudo um problema de recolha e tratamento de dados pessoais, cujo regime jurídico se funda axiologicamente no direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar (n.º 1 do art. 26.º da CRP), concretizado para efeitos da utilização da informática (art. 35.º da CRP). Consagrado de forma precursora no ordenamento constitucional português, este direito à autodeterminação informativa visa evitar que o indivíduo se torne um simples objeto da informação, garantindo-lhe o domínio dos seus dados pessoais. Subsiste, por isso, nas relações de mercado da Sociedade da Informação, uma preocupação principal com a instrumentalização da pessoa a finalidades comerciais⁹.

Em suma, ao contrário do que se verifica no domínio da proibição da publicidade enganosa e da publicidade oculta, deixa de estar em causa apenas o conteúdo e a forma da comunicação comercial, devendo a proteção dos destinatários situar-se a montante da própria emissão de mensagens com finalidade promocional. Releva agora sobretudo a tutela da privacidade, no quadro do recurso a instrumentos de recolha e tratamento de dados pessoais. Assim, o consentimento prévio e expresso dos destinatários para efeitos da monitorização dos comportamentos de navegação na Internet, em conformidade com o que resulta do regime jurídico da proteção de dados pessoais, não restringe

9 Desenvolvidamente, Azevedo de Amorim, 2017a: 496.

a liberdade publicitária do anunciante, axiologicamente fundada na liberdade de expressão e informação (art. 37.º da CRP) e na iniciativa económica privada (art. 61.º da CRP).

CONCLUSÃO

A publicidade assume um papel determinante no sector da moda, especialmente para efeitos da construção de valores simbólicos, uma vez que o consumo surge aqui como processo de significação e já não meramente como instrumento de satisfação de necessidades.

Nas mensagens dirigidas ao público em geral (*one-to-many*), o problema do conteúdo centra-se tradicionalmente na proibição da publicidade enganosa, tributária do recurso a argumentos de natureza técnica e funcional na comunicação comercial, que invocava as características demonstráveis e os benefícios decorrentes da utilização dos produtos. No entanto, no quadro da liberalização do apelo a sentimentos, passa a relevar sobretudo a violação do princípio da licitude, onde se destaca a proibição da publicidade sexista.

Face à segmentação do mercado (*one-to-few*), o problema da forma das mensagens coincide com a proibição da publicidade oculta, que começa por resultar da aparência de conteúdo editorial, tipicamente enquadrada como publicidade redacional. Já a aparência de opinião pessoal verifica-se hoje frequentemente no recurso aos blogues pessoais, que aproveita a credibilidade dos líderes de opinião, bem como a identificação dos destinatários com as motivações, a personalidade e os estilos de vida veiculados.

Na era digital, a personalização da comunicação comercial (*one-to-one*) depende do recurso a instrumentos de aproximação aos interesses concretos dos destinatários, como os sistemas de *cookies*, que constituem uma forma de recolha e tratamento de dados pessoais. Neste contexto, releva sobretudo a garantia de interesses não económicos e de natureza individual, ao contrário do que resulta da abordagem dos consumidores como categoria socioeconómica, no quadro do recurso aos meios de comunicação de massas. Centrado no problema do consentimento, o regime jurídico da proteção de dados pessoais visa a tutela da privacidade dos destinatários, que se situa a montante da própria emissão de mensagens.

Referências bibliográficas

- AZEVEDO DE AMORIM, Ana Clara (2015). “Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação”. *Revista de Direito Intelectual*, Vol. 1, pp.165-189;
- (2017a). *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*. Coimbra: Almedina;
- (2017b). “A garantia de valores constitucionais no regime jurídico da publicidade”. *Os novos horizontes do constitucionalismo global*. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, pp. 235-243;
- (2018). *Manual de Direito da Publicidade*. Petrony: Lisboa;
- CONSTANTINIDES, Efthymios; FOUNTAIN, Stefan (2008). “Web 2.0: Conceptual foundations and marketing issues”. *Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice*, Vol. 3, pp. 231-244;
- CUESTA RUTE, José María de la (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*, Navarra: EUNSA;
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos (1975). “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad”. *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Vol. 2, pp. 369-391;
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos (1985). “O conceito de publicidade”. *Boletim do Ministério da Justiça* 349, pp. 115-134;
- HÄRTING, Niko (2008). “Datenschutz im Internet”. *Computer und Recht*, Vol. 11, pp. 743-748;
- LÓPEZ JIMÉNEZ, David (2010). “El bluetooth como herramienta de publicidad móvil: a propósito de la conveniencia de incentivar la autorregulación”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, Vol. 24, pp. 59-94;
- MANSANI, Luigi (1995). “La repressione della pubblicità nascota”. *Contratto e Impresa*, pp. 188-205.
- MICKLITZ, Hans-Wolfgang (2006). “Irreführende Werbung”. *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht*, volume I. Munique: Verlag C. H. Beck, pp. 778-886;
- MOITINHO DE ALMEIDA, José Carlos (1974). *Publicidade enganosa*, Lisboa: Arcádia;
- MOTA PINTO, Paulo (1998). “Publicidade domiciliária não desejada (“junk mail”, “junk calls” e “junk faxes”)”. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra LXXIV, pp. 273-325;
- MOURA, Sofia (2013). *Marcas e entretenimento*. Lisboa: Guerra e Paz;
- OELFFEN, Sabine Friederike von (2012). *§ 5a UWG – Irreführung durch Unterlassen – Ein neuer Tatbestand im UWG*, Colónia: Carl Heymanns Verlag;

- OLIVEIRA ASCENSÃO**, José de (2006). “O Anteprojecto do Código do Consumidor e a Publicidade”. *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Vol. III. Coimbra: Almedina, pp. 7-36;
- PEPPERS**, Don; **ROGERS**, Martha (1993). *The one-to-one future*, Nova Iorque: Double Day;
- SARMENTO E CASTRO**, Catarina (2006). “Protecção de dados pessoais na Internet”. *Sub Judice* 35, pp. 11-29;
- SEYBOLD**, Patricia (2002). *The customer revolution*, Londres: Business Books;
- SOLOMON**, Michael; **RABOLT**, Nancy (2008). *Consumer Behavior in Fashion*. 2.^a edição, New Jersey: Prentice Hall;
- VAZQUEZ CASCO**, Ana Isabel; **MARTINEZ CABALLERO**, Elsa (2006). *Marketing de la Moda*, Madrid: Pirámide;
- VERÍSSIMO**, Jorge (2001). *A publicidade da Benetton: um discurso sobre o real*. Coimbra: Edições Minerva.