

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS DE DIREITO DO CONSUMIDOR

DIRETOR
ANTÓNIO PINTO MONTEIRO



CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

TÍTULO

Estudos de Direito do Consumidor

DIRETOR

António Pinto Monteiro

CONSELHO DE REDAÇÃO

Paulo Mota Pinto

Pedro Maia

Mafalda Miranda Barbosa

Sandra Passinhas

DESIGN GRÁFICO

Ana Paula Silva

CONTACTOS

cdc@fd.uc.pt

www.cdc.fd.uc.pt

Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISSN

1646-0375

© SETEMBRO 2018

CENTRO DE DIREITO DO CONSUMO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

DOUTRINA

ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA

Consumer protection online, in special the expected changes to e-commerce from s-commerce, vr-commerce and ar-commerce

ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM

Conceito jurídico de publicidade: contributos para uma redefinição

ARAYA ALICIA ESTANCONA PÉREZ

La sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 20 de diciembre de 2017 (caso uber) y su influencia en la iniciativa legislativa portuguesa

JOÃO NOGUEIRA DE ALMEIDA

Política de concorrência, auxílios de estado e direitos dos consumidores

JOÃO PEDRO LEITE BARROS

O direito de arrependimento nos contratos eletrônicos de consumo como forma de extinção das obrigações. Um estudo de direito comparado luso-brasileiro

JORGE MORAIS CARVALHO

O conceito de consumidor no direito português

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Responsabilidade civil do produtor e nexos de causalidade: breves considerações

MAFALDA MIRANDA BARBOSA

Obrigações gerais de segurança e responsabilidade civil

PAULO DUARTE

Obrigações de dinheiro (obrigações monetárias) e obrigações de bitcoins

PEDRO FALCÃO

Wap billing: problemas e soluções

SANDRA PASSINHAS

O novo regime do crédito aos consumidores para imóveis de habitação

CONCEITO JURÍDICO DE PUBLICIDADE: CONTRIBUTOS PARA UMA REDEFINIÇÃO

*Ana Clara Azevedo de Amorim**

Sumário

O conceito jurídico de publicidade centra-se tradicionalmente nos elementos objetivo, subjetivo e teleológico previstos no artigo 3.º do Código da Publicidade. A comunicação comercial difundida em ambiente digital reitera a prevalência da dimensão sugestiva, bem como a irrelevância da remuneração do titular do suporte. No entanto, num contexto que a publicidade tende a dissimular-se sob a forma de opiniões aparentemente pessoais, é sobretudo determinante a imputabilidade da mensagem ao anunciante.

Palavras-chave

Publicidade, ambiente digital, líderes de opinião, relações públicas.

Abstract

The legal concept of advertising traditionally focuses on the objective, subjective and teleological elements provided for in article 3 of the Advertising Code. Commercial communication in digital world reiterates the prevalence of suggestive dimension, as well as the irrelevance of the support holder's remuneration. However, in a context where advertising tends to take the form of seemingly personal opinions, it is mainly crucial whether the message can still be imputed to the advertiser.

Keywords

Advertising, digital world, opinion leaders, public relations.

* Universidade Portucalense.



1. Introdução

O surgimento da publicidade como fenómeno massificado de promoção de produtos e serviços coincide com a invenção da imprensa no século XV. Mas o seu desenvolvimento acentuou-se apenas perante o excesso de oferta que caracterizou a economia norte-americana do período que sucedeu à Grande Depressão de 1929 e no continente europeu após a segunda Guerra Mundial. A emissão de mensagens publicitárias visava então informar os consumidores sobre a existência e as características dos bens fabricados, com vista a estimular a compra. No final do século XX, associada à maturidade de alguns mercados, à semelhança das ofertas disponíveis, ao aumento da concorrência e às exigências crescentes dos consumidores, a significativa perda da eficácia da publicidade de massas determinou o aparecimento de novas modalidades de comunicação comercial, como o marketing direto e as relações públicas.

Com a transição para a Sociedade da Informação, a comunicação comercial passou a difundir-se sobretudo em ambiente digital, aproveitando a generalização do acesso às tecnologias. Na medida em que constitui o principal instrumento de resposta à evolução das relações de mercado, a publicidade assume um papel determinante no processo de comercialização. Ora, num contexto em permanente mutação, o conceito jurídico enunciado a partir do artigo 3.º do Código da Publicidade e de outros diplomas pode revelar-se obsoleto, não abrangendo as realidades emergentes, em detrimento da proteção dos destinatários.

Importa referir que a delimitação do conceito jurídico de publicidade não é uma questão de ordem meramente semântica, dado que releva para efeitos da determinação do âmbito de aplicação das normas constantes de alguns diplomas sectoriais, como o artigo 77.º-C do DL n.º 298/92, de 31 de dezembro que regula “a publicidade das instituições de crédito e das suas associações empresariais”, o artigo 7.º n.º 2 do DL n.º 176/95, de 26 de julho que proíbe a “publicidade que quantifique resultados futuros baseados em estimativas da empresa de seguros”, o artigo 131.º-A do DL n.º 94-B/98, de 17 de abril relativo à “publicidade efetuada pelas empresas de seguros e pelas suas associações empresariais”, o artigo 121.º do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo DL n.º 486/99, de 13 de novembro que regula a “publicidade relativa a ofertas públicas” ou o artigo 5.º do DL n.º 133/2009, de 2 de junho em matéria de publicidade a contratos de crédito a consumidores. Porém, uma definição abrangente resulta já do artigo 150.º n.º 1 do Estatuto do Medicamento, aprovado pelo DL n.º 176/2006, de 30 de agosto e do artigo 2.º alínea b) do DL n.º 238/2015, de 14 de outubro relativo às práticas de publicidade em saúde.

2. Conceito jurídico de publicidade

O legislador nacional adotou uma definição ampla de publicidade, que é independente do “suporte utilizado para a sua difusão” (artigo 1.º do Código da Publicidade) e que 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 alíneas a) e b) do Código da Publicidade). Esta definição foi reiterada pela Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, que regula a publicidade domiciliária, nomeadamente por via postal, distribuição direta, telefone e teletécopia (artigo 1.º n.º 4).

Acresce que a publicidade cabe também no conceito de “prática comercial da empresa nas relações com os consumidores ou, abreviadamente, prática comercial”, enunciado no artigo 3.º alínea d) do DL n.º 57/2008, de 26 de março, resultante da transposição da Diretiva 2005/29/CE, que designa “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor”.

Anteriormente, o artigo 2.º do Código da Publicidade, aprovado pelo DL n.º 421/80, de 30 de setembro, e o artigo 1.º do Código da Publicidade, aprovado pelo DL n.º 303/83, de 28 de junho, faziam coincidir a publicidade com a atividade publicitária. Só a partir da entrada em vigor do atual diploma, o legislador passou a distinguir, por um lado, a mensagem enquanto elemento da relação jurídica publicitária que se estabelece entre o anunciante e os destinatários, e por outro lado a dimensão contratual,

relativa aos atos preparatórios e complementares, em especial, os contratos de criação ou difusão publicitária. A atividade publicitária designa, desta forma, “o conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária junto dos seus destinatários, bem como as relações jurídicas e técnicas daí emergentes entre anunciantes, profissionais, agências de publicidade e entidades que explorem os suportes publicitários ou que efetuem as referidas operações” (artigo 4.º n.º 1 do Código da Publicidade), incluindo operações de “conceção, criação, produção, planificação e distribuição publicitárias” (artigo 4.º n.º 2 do Código da Publicidade).

2.1. Elementos objetivo, subjetivo e teleológico

Nos termos do artigo 3.º n.º 1 do Código da Publicidade, a publicidade caracteriza-se, em primeiro lugar, pela presença de um elemento objetivo (“qualquer forma de comunicação”). Trata-se de uma conduta externa dirigida a determinados agentes económicos, pelo que se distingue das mensagens com efeitos meramente internos.

Este elemento objetivo chegou a ser identificado com o fornecimento de informação sobre o produto ou serviço^[1]. Assim, nos termos do artigo 40.º n.º 3 do DL n.º 28/84, de 20 de janeiro, posteriormente revogado pelo DL n.º 6/95, de 17 de janeiro, constituía publicidade “toda a informação de ordem comercial,

.....
^[1] Desenvolvidamente, LUÍS BRITO CORREIA, *Direito da Comunicação Social*, volume II, Almedina, Coimbra, 2005, p. 157.



industrial ou profissional feita com o objetivo direto ou indireto de promover junto do público a venda de um bem ou a prestação de um serviço". Tributária da crença na racionalidade das decisões económicas, esta conceção esteve na origem da centralidade dos atos enganosos no regime jurídico vigente. No entanto, como resulta do parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 88/87, emitido em 19 de novembro de 1987, a publicidade afasta-se do conceito de informação, atenta a neutralidade quanto aos fins e a objetividade quanto ao conteúdo^[2].

O conceito jurídico de publicidade depende também de um elemento subjetivo, igualmente de conteúdo amplo ("entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal"). Nos termos do artigo 3.º n.º 2 do Código da Publicidade, fica abrangida a comunicação comercial da Administração Pública.

No entanto, o elemento determinante reside na finalidade da mensagem ("com o objetivo direto ou indireto de promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços" ou de "promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições"), que a doutrina tende a privilegiar para efeitos da qualificação como publicidade^[3]. A referência ao conteúdo económico da comunicação exclui do âmbito de aplicação do diploma a propaganda política, segundo o disposto no artigo 3.º

.....
[2] Publicado em Procuradoria-Geral da República, *Pareceres*, volume IX, Liberdade de expressão e de informação, pp. 247-293.

[3] CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "O conceito de publicidade", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, outubro 1985, p. 129.

n.º 3 do Código da Publicidade, bem como a publicidade legislativa, notarial, registal e ainda a publicidade de atos judiciais, administrativos e fiscais.

Ora, este elemento teleológico não incide sobre a intenção do anunciante, nem sobre a natureza promocional percebida pelos destinatários. O que importa aferir é a idoneidade objetiva da mensagem para promover bens ou serviços, assim como ideias, princípios, iniciativas ou instituições. Só esta interpretação permite assegurar a aplicação do regime jurídico da publicidade, designadamente, no plano probatório. A finalidade da mensagem pressupõe o seu carácter voluntário, constituindo uma manifestação da liberdade publicitária dos anunciantes, axiologicamente fundada nos artigos 37.º e 61.º da Constituição da República Portuguesa. Resultam, porém, do cumprimento de uma obrigação os casos em que o anúncio decorre de uma imposição administrativa ou judicial, que o artigo 41.º, n.º 7, do Código da Publicidade designa equivocadamente “publicidade corretora”. Quando o conteúdo das mensagens seja determinado por deveres de informação legalmente previstos mas subsista a opção quanto à sua difusão, a comunicação comercial continua a emanar da liberdade publicitária do anunciante.

Considerando a irrelevância do suporte utilizado prevista no artigo 1.º do Código da Publicidade, cabe no conceito jurídico de publicidade a apresentação dos produtos feita nos próprios rótulos e embalagens, na medida em que as alegações tenham carácter voluntário, bem como os brindes enquanto modalidade



paradigmática de publicidade em espécie^[4]. Mas cabem também os sinais distintivos do estabelecimento comercial, como reconheceu o Tribunal da Relação de Lisboa a propósito da “exposição no exterior de um edifício da denominação da empresa e respetivo logótipo” (acórdão de 4 de outubro de 2001, processo n.º 0019213). O conceito abrange ainda, segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Belgian Electronic Sorting Technology*, “a utilização de um nome de domínio e a utilização de etiquetas em metadados de um sítio Internet” (acórdão de 11 de julho de 2013, processo n.º C-657/11).

Dado que se aplica apenas a mecanismos de comunicação, e não a todas as iniciativas comerciais, a disciplina da publicidade não abrange as promoções de vendas, que traduzem incentivos à contratação, extrínsecos aos produtos e quase sempre limitados no tempo^[5]. Na verdade, as promoções de vendas constituem um instrumento de comercialização enquadrado pelo DL n.º 70/2007, de 26 de março, que regula as práticas comerciais com redução de preço, designadamente, os saldos, promoções e liquidações, bem como pelo artigo 5.º do DL n.º 166/2013, de 27 de Dezembro, relativo às vendas com prejuízo. Apesar de surgirem, em regra, acompanhados de uma mensagem publicitária, os incentivos à contratação convocam a necessidade de proteção de interesses diversos, pelo que não de-

.....
[4] Neste sentido, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018, p. 35.

[5] GERHARD SCHRICKER, *Recht der Werbung in Europa*, tomo I, Einführung in das Recht der Werbung internationales und EWG-Recht, Edition ZAW, Bona, 1990, p. 11.

vem ser abordados estritamente no domínio da comunicação comercial.

Acresce que a definição adotada pelo legislador nacional não alude aos meios de comunicação de massas, ao contrário do que resultava de uma conceção tradicional, que fazia depender a publicidade da indiferenciação das pessoas contactadas e da repetição do conteúdo da mensagem, não obstante a aparência de personalização, como acontece no marketing direto.^[6] Este alargamento releva sobretudo a partir da emergência, nos anos 70 e 80 do século XX, de mecanismos intrusivos que visam provocar uma ação imediata dos consumidores, como a venda porta-a-porta ou as chamadas telefónicas não solicitadas. De facto, a irrelevância do número de destinatários é hoje maioritariamente aceite na delimitação do conceito jurídico de publicidade, que deixa de depender estritamente do recurso aos meios de comunicação de massas^[7]. Esta posição fica, aliás, demonstrada pela reiteração do conceito no artigo 1.º n.º 4 da Lei n.º 6/99, de 27 de janeiro, que regula a publicidade domiciliária.

Em ambiente digital, o recurso às mensagens de correio eletrónico e, mais tarde, aos blogues pessoais e às redes sociais viria a acentuar esta irrelevância do aspeto quantitativo da comunicação comercial para efeitos da aplicação do regime jurídico da publicidade.

[6] PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade*, edição policopiada, Centro de Direito do Consumo / Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999, p. 8.

[7] Face ao ordenamento jurídico espanhol, JOSÉ MARÍA CUESTA RUTE, "Observaciones sobre la Ley General de Publicidad", *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXVIII, n.º 4, 1989, p. 55.



2.2. Dimensão institucional ou corporativa

Nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º do Código da Publicidade, ficam igualmente abrangidas pelo conceito jurídico de publicidade as mensagens destinadas a “promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”. A consagração da publicidade institucional ou corporativa neste diploma chegou a ser criticada com fundamento na alegada natureza não económica^[8].

Cabem no conceito de publicidade institucional ou corporativa as relações públicas, que gozam no sistema norte-americano de um estatuto legal privilegiado, em conformidade com o pressuposto da remuneração dos meios. Na verdade, o incremento das relações públicas, geralmente com carácter gratuito, tem assentado na credibilidade das mensagens que os destinatários não percebem imediatamente como publicidade^[9]. Nas últimas décadas do século XX, as relações públicas deixaram de incidir estritamente sobre o desempenho económico das empresas, para passarem a recorrer também a argumentos relacionados com a sua identidade, cultura e valores, que se refletem, por exemplo, na responsabilidade social ou nos eventos promovidos.

Porém, na medida em que promovem a criação de uma imagem favorável junto dos destinatários — que pode visar também os próprios produtos ou serviços —, as relações públi-

[8] Por todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, “O Anteprojecto do Código do Consumidor e a Publicidade”, AA.VV., *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, volume III, Almedina, Coimbra, 2006, p. 19.

[9] AL RIES e LAURA RIES, *A queda da publicidade e a ascensão das Relações Públicas*, Editorial Notícias, Lisboa, 2003, p. 18.

cas continuam frequentemente a ter como objetivo indireto a contratação, de acordo com o que resulta da alínea a) do n.º 1 do artigo 3.º do Código da Publicidade. Ou, como afirmou o Tribunal da Relação de Lisboa, a “publicidade abrange não só a promoção de bens ou serviços, mas ainda todas as formas de comunicação que tenham por objetivo direto ou indireto, essa promoção” (acórdão de 25 de outubro de 2012, processo n.º 5348/11.6TBSXL). Parece, por isso, de afastar o entendimento tradicionalmente maioritário que exclui as relações públicas do conceito de publicidade, com o argumento de que não visam promover a contratação^[10].

Acresce que nas relações entre profissionais, as mensagens publicitárias não incidem apenas sobre as especificações técnicas dos bens mas particularmente sobre a identidade, cultura e valores da empresa. Esta prevalência da dimensão institucional ou corporativa na publicidade dirigida a profissionais justifica-se sobretudo pela relevância dos serviços complementares e dos relacionamentos de longo prazo, assente no valor da confiança.

Já a publicidade institucional do Estado fica sujeita ao disposto na Lei n.º 95/2015, de 17 de agosto, que é aplicável a “campanhas, ações informativas e publicitárias e quaisquer outras formas de comunicação (...), divulgadas a uma pluralidade de destinatários indeterminados, com o objetivo direto ou indireto de promover iniciativas ou de difundir uma mensagem relacionada com os seus fins, atribuições ou missões de serviço público,

.....
[10] JOÃO LOUREIRO, *Direito do Marketing e da Publicidade*, Semanário, Lisboa, 1985, p. 14.



mediante a aquisição onerosa de espaços publicitários" (alínea a) do artigo 3.º).

2.3. Breve referência de direito comparado

Contrariamente ao que se verifica em Portugal, a generalidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros da União Europeia não dispõe de um diploma destinado a regular exclusivamente a publicidade^[11]. Excetua-se em Espanha a *Ley General de Publicidad*, aprovada pela Lei n.º 34/1988, de 11 de novembro e tributária do anterior *Estatuto de la Publicidad*, que serviu de inspiração na elaboração do Código da Publicidade português.

Ora, de acordo com o artigo 2.º da *Ley General de Publicidad*, a definição de publicidade integra também os elementos objetivo, subjetivo e teleológico ("toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones"), excluindo a dimensão institucional mas já não a dimensão corporativa, que a doutrina enquadra mais amplamente na publicidade indireta^[12].

.....
[11] Desenvolvidamente, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018, p. 30.

[12] FRANCISCO ALONSO ESPINOSA, "Disposiciones generales", AA.VV., *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Civitas, Madrid, 2009, p. 45.

Nos restantes sistemas europeus, face à ausência de autonomia legislativa, o regime jurídico da publicidade integra-se no direito do consumidor, na disciplina da concorrência desleal ou na tutela contra determinadas práticas de marketing em sentido amplo, de acordo também com a opção legislativa tomada no momento da transposição da Diretiva 2005/29/CE. Estes sistemas acautelam a proteção dos destinatários no quadro da relação jurídica publicitária mas ao contrário do que se verifica no ordenamento jurídico espanhol, não regulam a atividade publicitária, onde se incluem as relações contratuais entre os restantes sujeitos, nomeadamente, para efeitos da criação e difusão das mensagens.

Assim, o regime jurídico da publicidade fica abrangido pelo direito do consumidor no Reino Unido, que aprovou o *Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008* para integrar o regime jurídico das práticas comerciais desleais, mas também em Itália, que alterou o *Codice del Consumo* através do DL n.º 146/2007, de 2 de agosto, em França, que alterou o *Code de la Consommation* através da Lei n.º 2008/3, de 3 de janeiro, na Grécia, que alterou o *Act on Consumer Protection* através da Lei n.º 3587/2007, de 10 de julho e na Finlândia, que alterou o *Consumer Protection Act* através da Lei n.º 561/2008, de 29 de agosto.

Fica já abrangido pela disciplina da concorrência desleal na Alemanha, onde a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* passou a adotar, após a reforma realizada pela *Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (1. UWGÄndG)*, de 22 de dezembro de 2008, uma abordagem



unitária dos atos comerciais desleais, que especifica no § 3 n.º 2 uma cláusula geral para efeitos das relações com consumidores e que remete para o Anexo o tratamento das hipóteses especialmente proibidas pela Diretiva 2005/29/CE. Esta regulamentação integrada da publicidade e da concorrência desleal resulta do afastamento da perspetiva corporativa que faz depender a proteção dos consumidores do recurso a outros diplomas.

A disciplina da publicidade fica amplamente abrangida pela tutela contra determinadas práticas de marketing, vocacionada para a proteção coletiva dos consumidores, no *Marketing Practices Act* dinamarquês, no *Marketing Act* sueco, no *Marketing Control Act* norueguês e no *Code de Droit Économique* belga. Estes diplomas integram hoje também o regime jurídico das práticas comerciais desleais, na sequência da transposição da Diretiva 2005/29/CE. Neste sentido, o conceito jurídico de publicidade cabe na definição mais ampla de prática comercial, não sendo objeto de uma abordagem autónoma. Não obstante esta lacuna legislativa, na generalidade dos referidos sistemas de direito comparado, a doutrina e a jurisprudência adotam um conceito jurídico de publicidade tributário do artigo 2.º alínea a) da Diretiva 2006/114/CE relativa à publicidade enganosa e comparativa, que corresponde ao artigo 2.º n.º 1 da anterior Diretiva 84/450/CEE^[13]. Assim, à semelhança do que consagrou expressamente o legislador espanhol, integra publicidade “qualquer

.....
[13] Face ao ordenamento jurídico alemão, HELMUT KÖHLER e JOACHIM BORNKAMM, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 31.ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 2013, p. 1023.

forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade comercial, comercial, artesanal ou liberal com o objetivo de promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações".

3. Comunicação comercial em ambiente digital

A partir dos últimos anos do século XX, a generalização do acesso às tecnologias digitais potenciou o surgimento de novos instrumentos publicitários, como as mensagens de correio eletrónico. No entanto, com a emergência da Web 2.0 em 2004, a proliferação dos blogues pessoais e das redes sociais contribuiu para uma mudança de paradigma nas relações de mercado, que se traduziu na ampla disponibilidade de informação relativa aos produtos e serviços mas também no recurso a influenciadores digitais para promover uma imagem favorável dos produtos. Estas modalidades de relações públicas aproveitam a identificação dos consumidores com as motivações, a personalidades e os estilos de vida veiculados pelos líderes de opinião.

Na verdade, face à emergência de novas modalidades de comunicação comercial, verifica-se hoje uma tendência para a rentabilização dos vários pontos de contacto na difusão de uma mensagem integrada, independentemente dos suportes utilizados. Os anunciantes garantem, assim, a coerência e eficácia da comunicação comercial, aumentando também a credibilidade dos conteúdos difundidos. Esta integração releva especialmente face aos meios tradicionais e às tecnologias digitais, onde os



próprios consumidores assumem um papel ativo, passando a integrar pontos de contacto relativamente a outros destinatários, como se verifica, por exemplo, no marketing viral, cuja eficácia depende de um movimento de difusão espontâneo das mensagens em ambiente digital, determinado pela sua elevada criatividade.

3.1. Regime jurídico do comércio eletrónico

O artigo 2.º alínea f) da Diretiva 2000/31/CE relativa ao comércio eletrónico definiu a comunicação comercial como “todas as formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma atividade de comércio, indústria ou artesanato”. Ao manter a alusão aos elementos objetivo, subjetivo e teleológico que caracterizam a publicidade, o legislador europeu pretendeu designar através da expressão “comunicação comercial” a mesma realidade ampla, consagrando apenas uma evolução terminológica. Como resultava já do *Livro Verde sobre Comunicação Comercial no Mercado Interno*, de 8 de maio de 1996, o conceito aplica-se a “todas as formas de publicidade, marketing direto, patrocínio, promoção de vendas e relações públicas, destinadas a promover produtos ou serviços”.

Embora sem transpor aquela definição, o legislador português adotou no artigo 20.º do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro a noção de “comunicação publicitária em rede”, reiterando que “é sempre e só a publicidade que está em causa”. Ora, o regime jurídico do comércio eletrónico exclui da noção de comunicação

publicitária em rede 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”, bem como as “mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições” (alíneas a) e b) do n.º 1). No entanto, reconhece que “a comunicação publicitária pode ter somente por fim promover a imagem de um operador comercial, industrial, artesanal ou integrante de uma profissão regulamentada” (n. 2).

O afastamento do pressuposto da informação na delimitação do conceito jurídico de publicidade, que resultava já do parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 88/87, emitido em 19 de novembro de 1987, assenta na tendência para a menor objetividade dos conteúdos verificada progressivamente na transição da imprensa para a rádio e a televisão em meados do século XX e, depois, fortemente potenciada pelo recurso à Internet como suporte publicitário. O alcance prático desta exclusão coincide sobretudo com a descrição dos produtos nos sítios eletrónicos que funcionam como ponto de venda.

Na generalidade dos sectores de atividade, encontra-se ultrapassada a distinção entre publicidade informativa e publicidade persuasiva ou sugestiva, que assentava na prevalência de argumentos de natureza técnica ou funcional na comunicação comercial de massas dominante durante quase todo o século XX. Na verdade, a comunicação comercial é sempre eminen-



temente persuasiva ou sugestiva, tendo também um conteúdo informativo mínimo, que incide pelo menos sobre a existência do produto ou serviço anunciado. Acresce que apenas o afastamento do pressuposto da informação permite abranger fenómenos emergentes em ambiente digital, como o recurso aos blogs pessoais ou ao marketing viral. Por esta via, fica garantida a proteção dos interesses dos destinatários, que um conceito mais restrito não poderia assegurar, sobretudo num contexto em que a publicidade invoca maioritariamente os benefícios emocionais e simbólicos da decisão de transação. Neste quadro de semelhança funcional das várias ofertas disponíveis, o posicionamento face à concorrência incide sobre as necessidades e os desejos mas também as motivações, a personalidade e os estilos de vida dos consumidores.

O regime jurídico do comércio eletrónico exclui igualmente a publicidade institucional ou corporativa, ainda que a comunicação publicitária em rede possa visar apenas a promoção da imagem do anunciante (artigo 20.º n.º 1 alínea b) e n.º 2 do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro), como se verifica nas relações públicas, cuja eficácia continua a depender da credibilidade dos líderes de opinião junto do público, por exemplo, no recurso aos blogs pessoais e às redes sociais. A relevância destes instrumentos publicitários resulta, aliás, da constatação da eficácia dos pares e das fontes não comerciais na criação de associações positivas na mente dos consumidores^[14]. O efeito persuasivo da comunicação comercial deixa então de coincidir apenas com a ob-

[14] DAVID MEERMAN SCOTT, *The new rules of Marketing & PR*, Wiley, Nova Jersey, 2007, pp. 24-25.

jetividade percebida da informação relativa às características demonstráveis ou aos benefícios decorrentes da utilização dos produtos, passando a depender de um envolvimento assente em fatores como a empatia, a confiança ou a familiaridade.

Na medida em que conquistam a fidelidade de um segmento de mercado, caracterizado por atividades e interesses comuns, os influenciadores digitais estão em condições de provocar mudanças de comportamento e mentalidade. Neste contexto, os anúncios salientam 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.

Acresce que à semelhança das relações públicas, que não deixam de ter como objetivo indireto a contratação, também a publicidade veiculada nos meios de comunicação de massas tende hoje a produzir efeitos apenas a longo prazo, que se manifestam sobretudo ao nível do incremento da notoriedade e da promoção da imagem de marca^[15]. Especialmente nos mercados de grande consumo, a publicidade de marca visa o reforço de comportamentos que através da alusão a valores emocionais e simbólicos transforma uma experiência inicial numa compra habitual repetida. Neste sentido, torna-se cada vez mais evidente a aproximação entre as finalidades das relações públicas e

.....
[15] JOHN BURNETT e SANDRA MORIARTY, *Introduction to Marketing Communications*, Prentice Hall, Nova Jersey, 1998, p. 282.



da publicidade entendida em sentido tradicional. Atendendo ao incremento das relações públicas em ambiente digital, parece injustificado o seu afastamento do conceito de comunicação publicitária em rede no regime jurídico do comércio eletrónico.

3.2. Irrelevância da remuneração do titular do suporte

De acordo com um entendimento enraizado, a qualificação publicitária de uma mensagem depende da remuneração do titular do suporte, que permitia ainda excluir do conceito as relações públicas^[14]. A referência à remuneração resultava da Diretiva 89/552/CEE sobre o exercício de atividades de radiodifusão televisiva, que corresponde ao atual artigo 1.º n.º 1 alínea i) da Diretiva 2010/13/UE. No ordenamento jurídico nacional, o artigo 2.º, n.º 1, alínea r), da Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a pedido, aprovada pela Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, identifica a publicidade televisiva com a “comunicação comercial audiovisual difundida em serviços de programas televisivos a troco de remuneração ou retribuição similar”. Para os efeitos do artigo 28.º n.º 3 da Lei de Imprensa, aprovada pela Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro, “considera-se publicidade redigida e publicidade gráfica todo o texto ou imagem cuja inserção tenha sido paga, ainda que sem cumprimento da tabela de publicidade do respetivo periódico”. E, nos termos do artigo 8.º alínea n) do DL n.º 57/2008, de 26 de março, sobre práticas comerciais desleais, a publirreportagem coincide com a utilização de um conteúdo

[14] Por todos, LUÍS RASQUILHA, *Publicidade*, Gestão Plus Edições, Lisboa, 2009, p. 20.

editado nos meios de comunicação social “tendo sido o próprio profissional a financiar essa promoção”.

No entanto, esta orientação viria a ser contrariada pela Diretiva da Entidade Reguladora para a Comunicação Social n.º 1/2009 sobre publicidade em publicações periódicas, que na delimitação da publicidade redigida e da publisreportagem não alude ao critério da remuneração do titular do suporte, definindo-as respetivamente como “toda a publicidade que revista a forma de um ou mais textos que, pela sua forma, apresentação, estilo de mensagem, organização e tratamento gráfico possam ser confundidos com textos jornalísticos” e “os textos, imagens e outros elementos gráficos destinados a promover ou publicitar um determinado produto, entidade ou serviço, apresentados com as características formais da reportagem e com esta confundível”.

Também no regime jurídico do comércio eletrónico, o conceito de comunicação publicitária em rede exclui as mensagens de conteúdo informativo “particularmente quando não tiverem implicações financeiras” (artigo 20.º, n.º 1, alínea a), do DL n.º 7/2004, de 7 de janeiro). Ou seja, na sequência da transposição da Diretiva 2000/31/CE, o legislador retomou o pressuposto consagrado na Diretiva 89/552/CEE sobre o exercício de atividades de radiodifusão televisiva que uma parte da doutrina já tinha criticado^[17]. No entanto, na medida em que a publicidade difundida em ambiente digital não assenta na separação entre o anunciante e o titular do suporte, característica da televisão, da rádio e da imprensa, o critério da remuneração dos meios deve

.....
 [17] JORGE PEGADO LIZ, “Publicidade na União Europeia”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 48, dezembro 2006, p. 55.



passar a ser entendido apenas como um indício da existência de comunicação comercial.

A redução do âmbito de aplicação do regime jurídico da publicidade, nomeadamente, pela introdução de pressupostos alheios aos elementos objetivo, subjetivo e teleológico previstos pelo legislador, corresponde a uma cedência perante os interesses dos profissionais, que compromete a proteção dos consumidores^[18]. 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 Código da Publicidade). Pelo contrário, a opção por um critério formal — como as condições contratuais estabelecidas entre o anunciante e os meios, ao nível da remuneração do titular do suporte — sacrifica injustificadamente aquela proteção. Assim, desde que o conteúdo da mensagem seja imputável ao anunciante, a qualificação como publicidade deve depender apenas da idoneidade objetiva para promover bens e serviços, que constitui o elemento teleológico dominante.

Na verdade, a difusão da mensagem através dos meios pode ser feita a título gratuito, como se verifica frequentemente na publicidade redigida e na publirreportagem mas também em ambiente digital. Pode, igualmente, o próprio anunciante ser titular do suporte, por exemplo, quando se trate de sinais distintivos de estabelecimentos comerciais, sem que fique prejudicada a necessidade de dar cumprimento ao regime jurídico da publi-

[18] Neste sentido, ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 169.

cidade. Ou seja, ao contrário do que decorre da referida conceção tradicional, de inspiração norte-americana, o conceito jurídico de publicidade não depende da remuneração do titular do suporte.

3.3. *Imputabilidade da mensagem ao anunciante*

De acordo com o disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º do Código da Publicidade, o anunciante é "a pessoa singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade". Traduz a entidade que visa "promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços" e "promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições", com carácter instrumental face à atividade económica desenvolvida. Enquanto emissor da mensagem, o anunciante toma a iniciativa da publicidade e assume os respetivos encargos financeiros, quando existam. Impende sobre o anunciante a generalidade das obrigações previstas no regime jurídico da publicidade.

Ora, nos termos do artigo 8.º do Código da Publicidade, o anunciante fica obrigado a identificar de forma inequívoca as comunicações comerciais "qualquer que seja o meio de difusão utilizado". Este princípio da identificabilidade coincide com a transparência quanto à natureza publicitária ou finalidade promocional da mensagem, decorrente de uma determinada configuração externa. Concretiza-se na proibição de publicidade oculta ou dissimulada prevista no artigo 9.º Código da Publicida-



de, mas também num conjunto de práticas comerciais consideradas desleais pelo DL n.º 57/2008, de 26 de março.

Num contexto de acentuada proliferação de anúncios publicitários, passa a ser especialmente relevante a necessidade de captar a atenção dos destinatários. Assim, através da publicidade oculta, os anunciantes procuram afastar a tendencial resistência dos consumidores face à finalidade promocional das mensagens, recorrendo a informação percebida como imparcial e objetiva, sem um apelo direto ao consumo. Difundida ainda através dos meios de comunicação de massas, a publicidade oculta surge tradicionalmente sob a forma de publicidade redigida e publlirreportagem, que divulgam de modo aparentemente neutro as características demonstráveis ou os benefícios decorrentes da utilização dos produtos.

Com a transição para a dimensão emocional e simbólica da comunicação comercial, sobretudo em ambiente digital, a regulação da publicidade passa a coincidir maioritariamente com este princípio da identificabilidade. Mas ao contrário do que se verifica na publicidade redigida e na publlirreportagem, tende agora a assentar nas opiniões aparentemente pessoais manifestadas por líderes de opinião nos blogues pessoais e nas redes sociais. A finalidade promocional da comunicação comercial dissimula-se através do apelo a sentimentos, aproveitando relações de proximidade com os destinatários, nomeadamente quando os anúncios retratam situações quotidianas dos influenciadores digitais, onde se integram determinados produtos ou serviços^[19].

[19] ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, "Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação", *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1-2015, p. 178.

A hipótese tem hoje consagração expressa na alínea ab) do artigo 8.º do DL n.º 57/2008, de 26 de março, que qualifica como prática comercial enganosa em qualquer circunstância “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”.

O Parlamento Europeu manifestou, no *Relatório sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores* de 23 de novembro de 2010, uma preocupação com a “divulgação de comentários em redes sociais, fóruns ou blogues, os quais dificilmente se destringam, pelo seu teor, de meras opiniões; há portanto um risco de o consumidor ser conduzido a tomar decisões erradas convencido que a informação em que se baseia provém de uma fonte objetiva; denuncia casos em que certos operadores económicos financiam, direta ou indiretamente, medidas para encorajar a disseminação de mensagens ou comentários que parecem emanar dos próprios consumidores quando na realidade são mensagens de natureza publicitária ou comercial” (ponto 17).

Ora, as dificuldades probatórias continuam a redundar numa substancial impunidade da publicidade oculta em ambiente digital. No ordenamento jurídico italiano, foram enunciados – para efeitos da imprensa mas suscetíveis de aplicação a todos os meios – alguns indícios da relação contratual entre o anunciante e o titular do suporte. Entre outros, encontram-se 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^[20]. 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.

Daqui decorre que continuam fora do conceito jurídico de publicidade os conteúdos promocionais difundidos espontaneamente pelos usuários, designados *User Generated Content*, a que os pares atribuem hoje credibilidade para efeitos das suas decisões de transação. Na verdade, a confiança depositada em opiniões de desconhecidos manifestou-se especialmente a partir do desenvolvimento das redes sociais, dos fóruns e das comunidades de partilha de conteúdos. 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, transferindo para os consumidores um papel determinante nas relações de mercado^[21].

.....
[20] Desenvolvidamente, LUIGI MANSANI, "La repressione della pubblicità nascosta", *Contratto e Impresa*, 1995, p. 198.

[21] PATRICIA SEYBOLD, *The customer revolution*, Business Books, Londres, 2002, p. 3.

No entanto, as potencialidades dos mecanismos de passa-palavra em ambiente digital são frequentemente aproveitadas pelos profissionais através do recurso a fenómenos de comunicação comercial como o marketing viral. Importa, por isso, distinguir entre a comunicação espontânea dos consumidores, que corresponde aos conteúdos promocionais gerados na Internet, e a comunicação provocada pelos próprios profissionais. Neste sentido, o regime jurídico da publicidade aplica-se apenas às mensagens imputáveis ao anunciante, ainda que alguns autores defendam o recurso aos princípios gerais também para efeitos da comunicação espontânea entre consumidores^[22].

O Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu, no caso *Frede Damgaard*, "a possibilidade de uma mensagem proveniente de um terceiro independente ter um carácter publicitário" (acórdão de 2 de abril de 2009, processo n.º C-421/07). Na medida em que "a publicidade de medicamentos é suscetível de prejudicar a saúde pública cuja salvaguarda é o objetivo essencial da Diretiva 2001/83", a apreciação do carácter promocional da informação difundida por um terceiro, nomeadamente quando estão em causa as propriedades curativas ou preventivas, deve atender também à natureza da atividade exercida e ao conteúdo da mensagem, podendo considerar-se comunicação comercial mesmo que o terceiro atue por iniciativa própria e com total independência do fabricante e do vendedor. O entendimento do Tribunal de Justiça funda-se aqui excepcionalmente no interesse

.....
[22] ERNESTO APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Jovene Editore, Nápoles, 2011, p. 25.



público à proteção da saúde pública, que justifica o agravamento das soluções comuns.

4. Considerações finais

Historicamente condicionado pelo recurso predominante aos meios de comunicação de massas, o conceito jurídico de publicidade assenta na separação tradicional entre o anunciante e o titular do suporte, que justifica o pagamento de uma remuneração. No entanto, este afunilamento é suscetível de comprometer a proteção dos destinatários da comunicação comercial, nomeadamente, na medida em que tende a excluir as relações públicas. A redefinição do conceito jurídico de publicidade releva, por isso, sobretudo num contexto em permanente mutação, como o que resulta da transição para a Sociedade da Informação.

Na verdade, os anunciantes passaram a recorrer a influenciadores digitais para promover uma imagem favorável dos produtos ou serviços, aproveitando a identificação dos consumidores com as motivações, a personalidades e os estilos de vida veiculados nos blogues pessoais e nas redes sociais. Esta influência sobre as decisões de consumo dos seguidores assenta quase sempre em relatos de experiências que não são identificados como comunicação comercial mas que podem ainda ser imputados ao anunciante. Importa, por isso, adotar uma compreensão ampla do elemento teleológico enunciado no artigo 3.º do Código da Publicidade, especialmente para efeitos do objetivo

indireto de promover a contratação. E, considerando que a comunicação comercial tende hoje a dissimular-se sob a forma de opiniões aparentemente pessoais, atender à imputabilidade da mensagem ao anunciante como um elemento determinante do conceito jurídico de publicidade, sobretudo em ambiente digital.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de — “O conceito de publicidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, outubro 1985, pp. 115-134.
- ALONSO ESPINOSA, Francisco — “Disposiciones generales”, AA.VV., *Comentario a la Ley General de Publicidad*, Civitas, Madrid, 2009, pp. 23-52.
- AMORIM, Ana Clara Azevedo de — “Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1-2015, pp. 165-189.
- *A tutela da lealdade nas relações de mercado. A propósito do ilícito publicitário*, Almedina, Coimbra, 2017.
- *Manual de Direito da Publicidade*, Petrony, Lisboa, 2018.
- APA, Ernesto — *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Jovene Editore, Nápoles, 2011.



- ASCENSÃO, José de Oliveira — “O Anteprojecto do Código do Consumidor e a Publicidade”, AA.VV., *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, volume III, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 7-36.
- BURNETT, John; Moriarty, Sandra — *Introduction to Marketing Communications*, Prentice Hall, Nova Jersey, 1998.
- CORREIA, Luís Brito — *Direito da Comunicação Social*, volume II, Almedina, Coimbra, 2005.
- CUESTA RUTE, José María — “Observaciones sobre la Ley General de Publicidad”, *Revista Jurídica de Catalunya*, ano LXXXVIII, n.º 4, 1989, pp. 51-104.
- KÖHLER, Helmut; Bornkamm, Joachim — *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 31.ª edição, Verlag C.H. Beck, Munique, 2013
- LIZ, Jorge Pegado — “Publicidade na União Europeia”, *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 48, dezembro 2006, pp. 47-63.
- LOUREIRO, João — *Direito do Marketing e da Publicidade*, Semanário, Lisboa, 1985.
- MANSANI, Luigi — “La repressione della pubblicità nascosta”, *Contratto e Impresa*, 1995, pp. 188-205.
- PINTO, Paulo Mota — *Direito da Publicidade*, edição policopiada, Centro de Direito do Consumo / Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.
- RASQUILHA, Luís — *Publicidade*, Gestão Plus Edições, Lisboa, 2009.
- RIES, Al; Ries, Laura — *A queda da publicidade e a ascensão das Relações Públicas*, Editorial Notícias, Lisboa, 2003.

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

SCOTT, David Meerman — *The new rules of Marketing & PR*, Wiley, Nova Jersey, 2007.

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

